A 02
10 703

Проверено 1964 г.

-- МАЙ 2008

-- МАЙ 2008

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,

ИЗДАВАЕМЫЙ

МОСКОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОБЩЕСТВОМЪ.

1867—1868.

КНИЖКА ПЕРВАЯ.

ІЮЛЬ.

МОСКВА.
Въ Университетской Типографіи (Катковъ и К°),
на Страстномъ бульварѣ.
1867.

Судебная реформа дала намъ новыя, болѣе совершенныя формы производства суда, но матеріальное право, какъ гражданское, такъ и уголовное, осталось то же, которое было и до введенія въ дѣйствіе Уставовъ 20-го ноября 1864 г.; посему никогда, быть-можетъ, не возникало столько вопросовъ, требующихъ разрѣшенія, какъ въ настоящее время. Судебные Уставы, въ числѣ другихъ важныхъ улучшеній, признали полезнымъ узаконить, что въ случаѣ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ, судебныя установленія должны основывать свои рѣшенія на общемъ смыслѣ ихъ. Достиженіе этой цѣли возможно лишь при полномъ изученіи законовъ и повѣркѣ съ общими началами юридической науки матеріала, предлагаемаго новою судебною практикой. Вполнѣ сознавая значеніе такого способа обработки дѣйствующаго отечественнаго законодательства, Юридическое Общество положило: вмѣсто выходившей *Юридической Газеты*, по объему своему не удовлетворявшей означенной выше цѣли, издавать съ 1-го іюля текущаго 1867 года ежемѣсячный журналъ подъ заглавіемъ *Юридическій Вѣстникъ*.

Согласно изложеннымъ выше основаніямъ, программа этого журнала распадается на слѣдующіе отдѣлы:

I.

Изслѣдованія по вопросамъ, относящимся къ разнымъ частямъ права, преимущественно же гражданскаго и уголовнаго, въ томъ числѣ и судопроизводства. Сюда будутъ относиться какъ оригинальныя, такъ и переводныя статьи.

II.

Судебная практика, въ которой предполагается помѣщать важнѣйшія судебныя рѣшенія, сопровождая ихъ критическимъ разборомъ.

III.

Критика и библіографія замѣчательнѣйшихъ юридическихъ сочиненій, какъ русскихъ, такъ и иностранныхъ.

IV.

Разныя извѣстія. Замѣтки. Корреспонденція *Вѣстника*.

О ДАВНОСТИ

ПО РУССКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

По поводу сочиненія г. Энгельмана: Die Verjährung nach russischem Privatrecht. Dorpat, 1867 г.

Статья первая.

Привѣтствуя нашу юридическую литературу съ пріобрѣтеніемъ новаго дѣльнаго сочиненія по одному изъ важнѣйшихъ и безъ сомнѣнія труднѣйшихъ отдѣловъ законодательства и практики, мы считаемъ себя обязанными обратить особенное вниманіе читателей на этотъ трудъ, посвятивъ разсматриваемому въ немъ предмету—вопросу о давности по русскому гражданскому праву—рядъ статей, съ цѣлью не столько оцѣнки новой книги г. Энгельмана, сколько для того, чтобы провѣрить, уяснить себѣ и читателямъ и по возможности дополнить имѣющимися у насъ подъ рукою данными тѣ теоретическіе выводы, которыми изобилуетъ лежащее передъ нами сочиненіе и которыя, и по нашему мнѣнію, должны быть конечнымъ результатомъ разработки каждаго отдѣльнаго предмета изъ области права. Мы пристаемъ въ настоящемъ случаѣ къ методѣ автора на томъ основаніи, что и по нашему убѣжденію она лучше всего даетъ возможность установлять твердыя юридическія начала, необходимыя какъ въ законодательствѣ, такъ равно и въ судебной практикѣ, нуждающейся, какъ и всякая разумная дѣятельность, въ положительныхъ точкахъ опоры для сознательнаго усвоенія себѣ тяжущимися и судьями

матеріала, составляющаго предметъ права и относящагося къ нему спора. И такъ начнемъ съ самой сущности подлежащаго нашему разсмотрѣнію предмета: что̀ такое юридическая давность вообще? Какъ образовалась она въ наукѣ и практикѣ и какъ понимаютъ ее новѣйшіе юристы? и уже затѣмъ перейдемъ къ разсмотрѣнію давности собственно по русскому праву. Въ разрѣшеніи означенныхъ вопросовъ мы послѣдуемъ за г. Энгельманомъ, который выполнилъ эту задачу, какъ намъ кажется, совершенно удовлетворительно, и лишь мѣстами будемъ дополнять его выводы необходимыми прибавленіями, замѣчаніями и поясненіями.

Въ римскомъ правѣ отвлеченнаго понятія о давности и соотвѣтствующаго этому понятію юридическаго термина не существовало, ибо употребляемое для означенія его въ литературѣ слово: praescriptio, встрѣчается въ римскихъ источникахъ только въ смыслѣ возраженія противъ иска на томъ основаніи, что онъ предъявленъ по пропущеніи долгаго времени. Въ каноническомъ правѣ этотъ терминъ имѣетъ уже болѣе общее значеніе; но, по мнѣнію Савиньи, оно усвоено ему подъ вліяніемъ сочиненій глоссаторовъ, слѣдовательно создано наукой. Съ тѣхъ поръ догматики начали употреблять слово praescriptio для означенія давности вообще и этой послѣдней стали подъискивать философскую основу. Съ одной стороны сочли возможнымъ подводить подъ давность всѣ права, за исключеніемъ лишь нѣкоторыхъ, именно отъ нея изъятыхъ, а съ другой—называть давностью истеченіе всякаго закономъ или частнымъ произволомъ опредѣленнаго срока для дѣйствія извѣстнаго права. Хотя уже съ самаго начала не всѣ юристы приняли это воззрѣніе, тѣмъ не менѣе въ наукѣ выработалось и сдѣлалось почти общимъ убѣжденіе, что всякія права *пріобрѣтаются* и *погашаются* давностью. Мнѣніе это въ особенности развито и примѣнено къ отдѣльнымъ юридическимъ отношеніямъ въ сочиненіи Унтергольцнера, исключительно посвященномъ ученію о давности. Позднѣйшая критика возстала однако противъ теоріи, возведшей давностное право въ столь общее отвлеченное начало. Подъ вліяніемъ Пухты и Савиньи, нѣ-

которые изъ новѣйшихъ юристовъ остановились на томъ воззрѣніи, что не только не всякое право можетъ подлежать дѣйствію давности, но что даже тамъ, гдѣ она имѣетъ мѣсто—ея проявленіе и осуществленіе должны быть различаемы соотвѣтственно отдѣльнымъ правамъ, къ которымъ она примѣняется.

Для разработки нашего отечественнаго законодательства мы не можемъ не признать весьма важнымъ разрѣшеніе вопроса: которое изъ этихъ воззрѣній наиболѣе правильно? Съ этою цѣлью приведемъ по книгѣ г. Энгельмана съ одной стороны возраженія нѣкоторыхъ германскихъ писателей противъ опровергаемой ими теоріи отвлеченнаго начала давности, а съ другой изслѣдованія русскихъ юристовъ, относящіяся къ настоящему предмету, и постараемся сдѣлать отсюда положительный выводъ, что̀ считаемъ тѣмъ болѣе умѣстнымъ и необходимымъ, что самъ авторъ, очевидно примыкающій къ мнѣнію Пухты и Савиньи, не предлагаетъ однако того заключенія, къ которому привело его разсмотрѣніе противоположныхъ воззрѣній на давность.

„Противъ подведенія подъ общее названіе давности истеченіе извѣстнаго времени для пріобрѣтенія собственности, повинностей и освобожденія отъ нихъ, а равно для потери права иска,—говоритъ Пухта,—было бы собственно нечего возражать, кромѣ того, что въ томъ нѣтъ никакой надобности, еслибы на этомъ только остановились и означенному названію не придали понятія, въ силу котораго давность возведена на степень самостоятельнаго института въ области права, между тѣмъ какъ на самомъ дѣлѣ она есть произвольный сборъ совершенно различныхъ между собою институтовъ. В сѣ эти институты подведены подъ одну точку зрѣнія: признаны общими началами такія, которыя вовсе не имѣютъ этого свойства и такимъ образомъ смѣшаны различные институты, чрезъ что произошли грубѣйшія ошибки. На такомъ же основаніи было бы возможно соединить происходящія въ различныхъ правахъ измѣненія посредствомъ дѣйствій, на примѣръ подъ названіемъ производства, признавъ это послѣднее юридическимъ началомъ, вмѣщающимъ въ себѣ

передачу, завладѣніе, договоры, проступки, завѣщанія и т. д.“ Такое возраженіе противъ отвлеченнаго понятія давности дополняется еще слѣдующимъ доводомъ: „Означенное мнимое юридическое начало, говоритъ Кирулфъ, выставляется естественно въ ущербъ отдѣльнымъ институтамъ чрезъ устраненіе ихъ существенныхъ характеристическихъ признаковъ. Выигрывается чрезъ это произвольное понятіе и нѣсколько раздѣленій, облегчающихъ память, но не получается ничего такого, что имѣло бы дѣйствительно юридическую, т. е. практическую цѣну, и что и безъ того не могло бы быть выведено изъ самой сущности различныхъ юридическихъ институтовъ. Теряется напротивъ чрезвычайно много, такъ какъ сглаживаются существенныя черты различныхъ институтовъ и становится невозможнымъ слѣдить въ подробности за основною мыслію каждаго отдѣльнаго понятія.“

Что касается до Савиньи, то въ своей критикѣ противъ общепринятаго начала давности онъ останавливается прежде всего на ея основаніи и находитъ его: 1) въ потребности достовѣрно знать за кѣмъ состоитъ извѣстное право, ради которой отъ обладающаго имъ считается нужнымъ не оставленіе этого права, а только бездѣйствіе въ отношеніи къ нему, для того, чтобы происходящую отсюда неизвѣстность ограничить кратчайшимъ по возможности временемъ. Признаніемъ, что чрезъ долговременное владѣніе пріобрѣтается собственность, а чрезъ потерю, за истеченіемъ срока, права иска установляется огражденіе противъ дальнѣйшихъ притязаній, — имѣется прежде всего въ виду замѣнить возможный случайно недостатокъ доказательствъ въ законно-пріобрѣтенныхъ правахъ. При этомъ можетъ случиться, что и настоящій собственникъ (въ пр. обязат. кредиторъ) теряетъ свою собственность (въ пр. обязат. взысканіе). Эта несправедливость оправдывается тѣмъ, что лицо, обладающее правомъ, имѣетъ возможность предупредить потерю его проявленіемъ въ отношеніи къ нему своей дѣятельности. Выраженіе, что въ противномъ случаѣ означенное лицо наказывается за небрежность, не совсѣмъ вѣрно, и употребляется только во избѣжаніе упрека въ

жесткости и несправедливости этого института. 2) Въ предположеніи ничтожности того права, которое оставалось безъ осуществленія въ теченіе долгаго времени, такъ какъ невѣроятно, чтобы имѣющій право жалобы не принесъ ея, еслибы не утратилъ на самомъ дѣлѣ это право способомъ, который теперь лишь трудно доказать. 3) Въ возможности злоупотребленія со стороны истца тѣмъ, что откладывая надолго принесеніе жалобы онъ затрудняетъ или даже сдѣлаетъ невозможнымъ отвѣтчику его защиту. Затѣмъ Савиньи поясняетъ какимъ образомъ, послѣ того какъ въ дѣйствительности для отдѣльныхъ институтовъ истеченіе извѣстнаго времени положительнымъ путемъ признано поводомъ къ измѣненіямъ въ правѣ — составлено было отвлеченное понятіе о давности превращеніемъ владѣнія, въ силу продолжительнаго его проявленія, въ пріобрѣтеніе правъ вообще, а протеченія долгаго времени для жалобы, вслѣдствіе неприведенія послѣдней въ дѣйствіе—въ потерю иска, съ причисленіемъ даже къ давности исковой всѣхъ процессуальныхъ и другихъ сроковъ, не имѣющихъ въ юридическомъ отношеніи ничего между собою общаго. Сдѣлавъ такимъ образомъ существенное измѣненіе въ обоихъ институтахъ, признали ихъ за виды одного рода, каковымъ выставили общее понятіе о давности и стали примѣнять это понятіе всюду, даже въ явное противорѣчіе римскому праву, наприм. къ праву залога и къ праву по обязательствамъ. Въ заключеніе знаменитый ученый совѣтуетъ возстановить словоупотребленіе источниковъ римскаго права, покинувъ вовсе общее понятіе о давности, приводящее въ искусственную связь совершенно разнородные институты. „Конечно, говоритъ онъ, эти институты имѣютъ между собою точки соприкосновенія: можетъ даже встрѣтиться надобность примѣнить къ каждому изъ нихъ такое начало, которое постановлено для другаго; но пусть это дѣлается путемъ аналогическаго развитія права, а не подведеніемъ разныхъ институтовъ подъ общее родовое понятіе. Важное различіе между тѣмъ и другимъ способомъ дѣйствія заключается въ томъ, что аналогическое примѣненіе заставляетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ука-

зывать на принятое для того основаніе, между тѣмъ какъ допущеніемъ означеннаго предположенія все оканчивается однимъ разомъ, причемъ разумѣется правильность подведенія подъ принятое начало предоставляется случаю. Правда, можно было бы попытаться оправдать постановку новѣйшихъ писателей доводомъ, что каноническое право замѣнило и исправило узкую точку зрѣнія римскаго права болѣе широкимъ взглядомъ, такъ что означенная постановка какъ бы въ самомъ дѣлѣ зиждется на почвѣ положительнаго права. Однако каноническое право не усвоило себѣ абстрактнаго понятія о давности, которое выставлено новѣйшими писателями и которое собственно и угрожаетъ опасностью заблужденія. Составители декреталій приняли только то, что дано было имъ наставниками ихъ — легистами и сами по себѣ вовсе не думали установлять новой теоріи. Поэтому и поправка допущеннаго уклоненія по всей справедливости падаетъ на нихъ же. Унтергольцнеръ сдѣлалъ попытку ограничить общепринятое понятіе о давности для того, чтобы спасти его. Но такая попытка должна быть признана неудавшеюся, потому что это лишь полумѣра, не устраняющая заблужденія.“

И такъ Савиньи хотя и указываетъ на тѣ основанія, по которымъ признается необходимымъ въ положительныхъ законодательствахъ опредѣлять давностные сроки, не только отрицаетъ пользу внесенія давности въ теорію права, какъ начала, общаго для пріобрѣтенія и потери всякихъ правъ, но прямо считаетъ это вреднымъ какъ въ отношеніи научномъ, такъ и практическомъ по причинѣ происходящаго отсюда смѣшенія разнородныхъ понятій. Изъ русскихъ юристовъ такое же положеніе высказано впервые покойнымъ Мейеромъ въ его лекціяхъ о русскомъ гражданскомъ правѣ. „Давность, говоритъ онъ, различна, смотря потому, къ какому праву относится, такъ что нельзя представить общую теорію не только давности пріобрѣтенія и прекращенія права, но и давности прекращенія права только, а должно сказать, что условія пріобрѣтенія и прекращенія права по давности точно опредѣляются самымъ правомъ, о пріобрѣтеніи или

прекращеніи котораго идетъ рѣчь. Такъ существуютъ извѣстныя условія для пріобрѣтенія по давности права собственности; другія условія существуютъ для прекращенія по давности права обязательственнаго; особыя условія для прекращенія права иска по давности и т. д., такъ что давность представляется совокупностью различныхъ учрежденій, между которыми общаго только одно — это понятіе о значеніи времени для юридическихъ отношеній.“ Но разсуждая такъ, Мейеръ остановился, кажется, на приведенномъ выше сочиненіи Унтергольцнера, которое онъ и цитуетъ, между тѣмъ какъ самъ этотъ ученый, по выраженію Савиньи, лишь ограничилъ бывшую до него въ ходу теорію давности, исключивъ изъ-подъ ея вліянія совершенно произвольно нѣсколько отдѣльныхъ случаевъ и сдѣлавъ поправку въ опредѣленіи общаго ея понятія какъ перемѣны въ правахъ, совершающейся истеченіемъ извѣстнаго времени, въ продолженіи котораго они приводились или не приводились въ дѣйствіе, добавленіемъ къ этому опредѣленію слова: „преимущественно.“ Вотъ почему далѣе въ своихъ лекціяхъ Мейеръ называетъ давность, вопреки сказанному имъ прежде, „*учрежденіемъ*, существо котораго состоитъ въ томъ, что не осуществляя своего права въ теченіе извѣстнаго времени, лицо утрачиваетъ это право, если оно въ то время пріобрѣтается другимъ лицомъ, или по крайней мѣрѣ если другое лицо имѣетъ какую-либо выгоду отъ прекращенія права.“ Въ этомъ объясненіи существа давности г. Энгельманъ справедливо видитъ принятіе для нея авторомъ того самаго начала, которое выставлено приверженцами отвлеченной теоріи давности. За то нашъ ученый совершенно совпадаетъ съ Савиньи въ своемъ объясненіи тѣхъ основаній, на которыхъ установляется давность въ положительныхъ законодательствахъ. При этомъ онъ опровергаетъ то мнѣніе, которое указываетъ, какъ на основаніе давности, на предполагаемое отреченіе лица отъ права: „противъ этого — замѣчаетъ Мейеръ — можно сказать, что *предположеніе* тогда только значитъ что-либо въ области права, когда оно оправдывается на дѣлѣ, или когда

принимается законодательствомъ, и тогда получаетъ силу даже вопреки дѣйствительности; между тѣмъ, если по истеченіи даннаго срока возникаетъ споръ о правѣ; то, значитъ, не было отреченія отъ него со стороны субъекта, слѣдовательно и презумпція отреченія отъ права, лежащая будто бы въ основаніи давности, не оправдывается дѣйствительностью, а противурѣчитъ ей.“

Одновременно съ изданіемъ лекцій Мейера одинъ изъ нашихъ юристовъ, котораго имя по всей справедливости считается у насъ авторитетомъ (мы не можемъ объявить здѣсь это всѣми уважаемое имя, но знатоки нашего права, конечно, сами угадаютъ его), разбирая первые нумера только что появившагося тогда Журнала Министерства Юстиціи, писалъ по поводу одного помѣщеннаго въ немъ судебнаго рѣшенія и выведенныхъ отсюда положеній (см. Архив. историч. и практич. свѣдѣній, 1860 — 1861 г., кн. I, отд. критики): „Самое первое положеніе выражено такими словами: *давностію можетъ быть пріобрѣтено всякое вообще право*... Въ такую широкую формулу можно вставить какія угодно данныя, и тогда получится результатъ, несообразный ни съ главными основаніями права, ни съ положительнымъ закономъ: можно подумать, что и право залога, и право на поклажу, и право заимодавца и всякое возможное право пріобрѣтается давностью, — заключеніе совершенно анти-юридическое, невозможное въ юридическомъ смыслѣ.“ Въ другомъ мѣстѣ онъ продолжаетъ: „Давно уже признано наукою, что давность владѣнія имуществомъ, обращающая владѣніе при извѣстныхъ условіяхъ въ право собственности и погашеніе исковъ о всякомъ правѣ гражданскомъ, а не объ одномъ владѣніи посредствомъ давности — понятія не одинаковыя. Повидимому и то и другое сливается въ одномъ понятіи, ибо въ первомъ случаѣ пріобрѣтается право посредствомъ непрерывнаго употребленія въ теченіи извѣстнаго срока; въ послѣднемъ случаѣ теряется право посредствомъ непрерывнаго неупотребленія въ теченіи срока. Въ томъ и другомъ случаѣ право съ одной стороны теряется. Это ведетъ иныхъ къ предположенію о

томъ, что въ обоихъ случаяхъ право также пріобрѣтается: на этомъ основаніи въ той и другой давности иные видятъ одинаковый способъ *пріобрѣтенія* правъ. На самомъ дѣлѣ у той и у другой давности есть общее основаніе: всякое право гражданское должно быть извѣстно, опредѣлено, связано съ извѣстною личностью. Неизвѣстность о томъ, кому принадлежитъ право, есть состояніе ненормальное, несовмѣстное съ сущностью юридическихъ отношеній. Законъ не можетъ допустить, чтобы такая неизвѣстность продолжалась неопредѣленное время; вслѣдствіе того у всѣхъ народовъ возникаетъ потребность установить сроки, съ истеченіемъ коихъ утрачивается искъ объ имуществѣ или вообще о правѣ гражданскомъ. Оттого давность и употребляется преимущественно въ смыслѣ процессуальнаго отвода или возраженія противъ иска, но сама по себѣ не содержитъ въ себѣ никакого юридическаго основанія ни для утраты, ни для пріобрѣтенія правъ: даже тамъ, гдѣ непрерывное владѣніе превращается въ собственность, это происходитъ не потому, что совершается переходъ собственности отъ одного лица къ другому, а потому что владѣлецъ вдругъ съ наступленіемъ извѣстной минуты получилъ возможность *доказать* право собственности, тогда какъ до тѣхъ поръ не имѣлъ ровно никакого доказательства, получилъ возможность противопоставить свое владѣніе истцу, представляющему свое *право* на собственность. Поэтому, если со всякимъ срокомъ давности соединимъ безусловное понятіе о пріобрѣтеніи права, то поневолѣ войдемъ въ ошибку и должны будемъ подводить подъ давность и такіе случаи, въ которыхъ никакой положительный законъ не допускаетъ владѣнію обратиться въ право посредствомъ времени. Правда, что гуртовое подведеніе всѣхъ случаевъ подъ одно общее правило безъ критической повѣрки каждаго отдѣльнаго юридическаго отношенія очень просто и удобно; но за то при этомъ не трудно и впасть въ заблужденіе. Такимъ образомъ пришлось бы намъ допустить, что и право *залога* и право *по обязательству* можетъ возникнуть такимъ же путемъ, какимъ возникаетъ изъ владѣнія право

собственности, а это было бы противно здравому понятію о правѣ и о владѣніи.“ Затѣмъ, переходя къ разрѣшенію вопроса, выставленнаго въ судебномъ рѣшеніи, подавшемъ поводъ къ этому разсужденію: „распространяется ли законъ о земской давности на *дѣла о пожизненномъ владѣніи?*;“ можетъ ли т. е. *пожизненное* владѣніе обратиться въ право посредствомъ земской давности, — нашъ юристъ замѣчаетъ: „Не предстояло никакого сомнѣнія въ томъ, что право оспоривать актъ о пожизненномъ владѣніи, подобно всякому другому исковому и процессуальному праву, подлежитъ дѣйствію давности: по этому предмету не было и не можетъ быть сомнѣнія. Но рѣшеніе всѣ свои главнѣйшіе аргументы обращаетъ къ вопросу о примѣненіи давности къ *пожизненному владѣнію*. Пусть бы шла рѣчь о простомъ владѣніи: простое владѣніе есть состояніе фактическое; это дѣйствительность, и для того, чтобы дать объ ней понятіе, стоитъ только сказать: *онъ владѣетъ*; здѣсь, когда рѣчь идетъ о давности, невозможно и спрашивать: *на какомъ правѣ* владѣетъ, потому что гдѣ есть *право* владѣнія, гдѣ есть условія, ограниченія владѣнія, тамъ сталобыть рѣчь идетъ не о давности, а о какомъ-нибудь другомъ основаніи права. Словомъ, для того, чтобы превратиться въ право посредствомъ давности, владѣніе должно быть *неопредѣленное*. Если только оно опредѣлено, если оно опирается на какое-нибудь юридическое основаніе, если оно, *какъ владѣніе*, выставляется правомъ, то уже здѣсь не можетъ быть давности *по владѣнію*. Таково владѣніе пожизненное. Это владѣніе опредѣленное, стало быть *право* владѣнія. Когда говорится о пожизненномъ владѣніи, намъ уже недостаточно одной фактической основы, какъ въ простомъ владѣніи: предъ нами возникаетъ юридическій образъ, юридическая форма. Здѣсь намъ уже мало знать: онъ владѣетъ; надобно знать: какъ онъ владѣетъ, на какомъ правѣ, по какому основанію? То владѣніе *безъ мѣры и условія*, это владѣніе на мѣрѣ поставленное, условіемъ ограниченное. Для того, чтобы владѣніе мое могло превратиться въ собственность посредствомъ давности, необходимо чтобъ я вла-

дѣлъ имуществомъ какъ своимъ, на себя исключительно, съ характеромъ собственности, подъ *видомъ* собственности (какъ выражается нашъ законъ въ одномъ мѣстѣ). Но пожизненное владѣніе не можетъ ни въ какомъ случаѣ имѣть этотъ характеръ—характеръ собственности, именно потому, что оно не просто *владѣніе*, а владѣніе *пожизненное*, сталобыть оканчивающееся со смертью лица и затѣмъ долженствующее слиться съ собственностью другаго лица: здѣсь съ самымъ понятіемъ о владѣніи соединяется представленіе о концѣ его. Спрашивается: какая же есть возможность къ этому опредѣленному, ограниченному, размѣренному владѣнію примѣнять понятіе о *давности* (usucapio)? Къ нему никакая давность примѣниться не можетъ безъ нарушенія самыхъ первыхъ основаній юридической логики; въ дѣлахъ о пожизненномъ правѣ, какъ и обо всякомъ другомъ, искъ и требованіе могутъ быть погашены истеченіемъ давности (praescriptio), но эта давность исчисляется съ той минуты, съ которой возникаетъ право иска, а ужь никакъ не съ той, съ которой началось пожизненное владѣніе. Здѣсь владѣніе не имѣетъ ни малѣйшаго отношенія ни къ иску, ни къ давности. И такъ предлагать вопросъ о давности *пожизненнаго* владѣнія не толи же самое, что спрашивать: можетъ ли возникнуть посредствомъ давности право на двѣнадцатилѣтнее оброчное содержаніе пустоши, или на пользованіе чужими деньгами въ теченіе 8 лѣтъ, съ обязанностью возвратить ихъ послѣ срока?“

Обращаясь къ другимъ нашимъ писателямъ, занимавшимся вопросомъ о давности, мы должны сказать, что, независимо отъ выраженныхъ по этому предмету мыслей тѣми изъ юристовъ, которые разсматривали его въ связи съ другими частями гражданскаго права, русская литература обладаетъ уже нѣсколькими монографіями, исключительно посвященными ученію о давности. Къ сожалѣнію, ни въ тѣхъ, ни въ другихъ сочиненіяхъ не обращено вниманія на возраженія, выставленныя Пухтою и Савиньи противъ отвлеченнаго начала давности, утвердившагося въ западной наукѣ. Напротивъ, полагая это начало въ основаніе

своихъ розысканій и объясненій, наши ученые даже старались пріискивать общія положенія, которыми, по ихъ мнѣнію, связываются въ одно учрежденіе давность владѣнія и давность исковая, хотя и ясно разграниченныя въ русскомъ законодательствѣ. Эта теорія, выдвинутая почти въ самомъ началѣ ученой разработки у насъ гражданскаго права Вельяминовымъ-Зерновымъ, проведена послѣдовательно въ сочиненіяхъ Бунге, Неволина, Варадинова, Любавскаго и другихъ. Не вполнѣ согласны только между собою наши изслѣдователи въ основаніяхъ, по которымъ установляется давность въ положительномъ правѣ. Между тѣмъ какъ Морошкинъ считаетъ ее учрежденіемъ, основаннымъ единственно на государственной пользѣ, а Кранихфельдъ — на предположеніи отреченія со стороны собственника или обладающаго какимъ либо правомъ по обязательству, — Неволинъ пріискиваетъ для нея философское основаніе. „Жизнь, дѣятельность, внѣшнее себя проявленіе — говоритъ онъ — въ такой мѣрѣ принадлежатъ къ существу права, что по законамъ всѣхъ народовъ человѣкъ, не пользуясь своимъ правомъ, не приводя его въ дѣйствіе въ продолженіи извѣстнаго времени, наконецъ совершенно теряетъ его, что напротивъ обладающій извѣстнымъ правомъ какъ своимъ, хотя въ самомъ дѣлѣ оно ему не принадлежитъ, наконецъ съ истеченіемъ опредѣленнаго времени пріобрѣтаетъ это право. Для того, чтобъ владѣлецъ имущества могъ спокойно владѣть имъ, не опасаясь никакихъ на него притязаній, не страшась потерять его по какому нибудь иску, для возбужденія и утвержденія довѣрія къ существующему порядку вещей установленіе давности совершенно необходимо. Но опредѣленіе времени, съ истеченіемъ котораго право для одного лица должно считаться потеряннымъ, а для другаго пріобрѣтеннымъ, переходитъ въ область количественныхъ отношеній, подлежитъ случайности и произволу и не можетъ быть тотчасъ сдѣлано. Ясно только, что пріобрѣтеніе и прекращеніе правъ давностію должны существовать. Почему въ древнѣйшихъ русскихъ законахъ, равно какъ и въ древнѣйшихъ законахъ другихъ народовъ совсѣмъ не

находится опредѣленія срока давности. Она существовала, какъ вообще владѣніе долговременное, владѣніе изъ временъ незапамятныхъ, изстари, изъ вѣка, отъ отцовъ и дѣдовъ, по старинѣ, по пошлинѣ, по обычаю". Наконецъ Любавскій старается опять доказать, что „по правиламъ философіи давность не выдерживаетъ критики" и оправдывается лишь съ точки зрѣнія *практическихъ* интересовъ государства и общества; но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ признаетъ, что давность вытекаетъ изъ естественнаго права, „ибо въ обществѣ еще возникающемъ и въ которомъ не установились сложныя юридическія отношенія, *занятіе* и *завладѣніе* имуществомъ есть единственно возможный способъ пріобрѣтенія". Этотъ доводъ, какъ равно и доводы, приведенные авторомъ въ подкрѣпленіе его перваго положенія, не имѣютъ очевидно достаточно научнаго значенія, и потому, не касаясь ихъ, мы ограничимся въ настоящемъ случаѣ указаніемъ на замѣчанія, выставленныя г. Энгельманомъ противъ соображеній Неволина. „Нельзя—возражаетъ онъ—основывать давность безусловно на бездѣятельности обладающаго извѣстнымъ правомъ, ибо тогда слѣдовало бы примѣнять ее и къ правамъ государственнымъ, чего однако не допускаетъ практика всѣхъ народовъ и временъ. Но этого мало: даже цѣлыя группы правъ гражданскихъ изъяты изъ подъ дѣйствія давности, — она не примѣняется къ праву семейственному, къ личнымъ договорамъ и проч. Вотъ почему философская основа не пригодна для давности, какъ и вобще всякая попытка дать ей философскую постановку. Но и съ точки исторической оказывается невѣрнымъ положеніе, будто давность есть необходимое учрежденіе при всѣхъ возможныхъ обстоятельствахъ и что будто бы поэтому она существовала во всѣ времена и у всѣхъ народовъ. Исторія римскаго права доказываетъ, что долго usucapio примѣнялась лишь къ нѣкоторымъ опредѣленнымъ случаямъ, и что погашеніе иска въ силу долговременнаго молчанія со стороны обладающаго какимъ либо правомъ было неизвѣстно въ древнѣйшее время. Первые слѣды исковой давности мы видимъ не ранѣе какъ при Константинѣ, а вводится она толь-

ко Ѳеодосіемъ. Наконецъ, нельзя согласиться и съ третьимъ положеніемъ Неволина, будто въ древнѣйшія времена всюду была извѣстна общая неограниченная никакимъ срокомъ давность, а назначеніе для нея опредѣленныхъ лѣтъ появлялось вездѣ постепенно и позже. Исторія римскаго права представляетъ примѣръ совершенно обратный: въ древнѣйшее время римляне знали только весьма ограниченную usucapio, при чемъ истеченіе срока допускалось единственно въ замѣнъ недостававшей власти (auctoritas), пріобрѣтеніе же тѣмъ не менѣе должно было происходить чрезъ передачу и срокъ былъ назначенъ опредѣлительный и краткій—одинъ и два года. Только при языческихъ императорахъ изъ usucapio развилась давность вообще подъ именемъ longi temporis praescriptio, и еще позже—давность исковая съ 30-или 40-лѣтнимъ срокомъ (praescriptio XXX vel XL annorum). Точно также и срочные съ самаго начала иски (temporales actiones), погашавшіеся съ истеченіемъ опредѣленнаго для того времени, лишь впослѣдствіи превратились въ общіе иски, которые отражаются силою срока (excepti temporis). Всего позднѣе, подъ вліяніемъ каноническаго права и общихъ германскихъ законовъ, развилась незапамятная давность, которою право защищается потому, что оно существовало издавна; у римлянъ же vetustas имѣла лишь весьма ограниченное примѣненіе".

Изъ предложеннаго обозрѣнія того, что даютъ намъ германскіе и отечественные юристы для опредѣленія сущности давности и ея значенія въ положительныхъ законодательствахъ, мы видимъ, что ихъ выводы распадаются въ томъ и другомъ отношеніи на двѣ противоположныя другъ другу системы. Одни изъ нихъ выставляютъ въ ученіи о давности общее начало, подъ которое одинаково подводятся различныя права единственно на томъ основаніи, что лицо, обладающее тѣмъ или другимъ изъ этихъ правъ, не приводило его въ дѣйствіе или, другими словами, не осуществляло его въ теченіе извѣстнаго срока, другое же лицо, напротивъ того, проявляло въ отношеніи къ нему свою дѣятельность въ теченіе того же срока, котораго окончаніе

и признается моментомъ для предполагаемаго измѣненія въ означенномъ правѣ, именно съ одной стороны для его потери первымъ изъ такихъ лицъ, а съ другой—для пріобрѣтенія его вторымъ. Такимъ образомъ силою давности пріобрѣтаются и теряются право собственности и права на чужую вещь или права повинностей, утрачиваются, съ освобожденіемъ отъ нихъ обязанное ими лицо, права́, установляемыя договорами, проступками, судебными рѣшеніями и т. д., и наконецъ теряется самое право иска, рождающееся съ момента нарушенія тѣхъ или другихъ правъ для лица, ими обладающаго. Принимая такую теорію отвлеченной давности, защитники ея вмѣстѣ съ тѣмъ—хотя этого и не высказываютъ—предполагаютъ, что давностный срокъ, т. е. тотъ моментъ, съ котораго должно считать начавшимся означенное измѣненіе въ правѣ, одинъ и тотъ же какъ для пріобрѣтенія его или освобожденія отъ соотвѣтствующаго извѣстному праву обязательства или дѣйствія, такъ и для его потери; иначе какое же значеніе могло бы имѣть принятіе для давности общаго начала, установляемаго именно истеченіемъ опредѣленнаго срока? Какъ бы эти пріобрѣтаемыя и теряемыя права ни были различны, въ чемъ бы они ни заключались, но они должны подходить подъ такое мѣрило давности, иначе оно невѣрно. Поэтому допущеніе отсюда изъятій показываетъ уже со стороны ученыхъ, принимающихъ эту теорію, колебаніе въ сознаніи общности выставленнаго въ ней начала. Другіе юристы, основываясь именно на этихъ изъятіяхъ, которыя прямо допускаются въ положительныхъ законодательствахъ, такъ, что обыкновенно о давности въ примѣненіи къ тому или другому праву говорится въ томъ отдѣлѣ гражданскаго кодекса, гдѣ излагается это право по принятой для кодекса системѣ,—выводятъ отсюда, что не только нѣтъ никакой надобности установлять въ теоріи права отвлеченное начало давности, но что это даже вредно, ибо при строгомъ примѣненіи такого начала къ отдѣльнымъ юридическимъ отношеніямъ оказывается необходимымъ насиловать ихъ существо и оставлять безъ вниманія ихъ отличительные признаки, между тѣмъ какъ и практика по-

лучаетъ чрезъ это лишь мнимое облегченіе. Что касается до основаній принятія давности въ число способовъ пріобрѣтенія и потери правъ, то и въ этомъ отношеніи юристы, какъ мы видѣли, не согласны между собою. Одни выводятъ ее изъ естественнаго права или даютъ ей философскую подкладку; другіе напротивъ, изчисляя опредѣлительно тѣ практическія причины, почему она признается положительными законодательствами за необходимое *юридическое* учрежденіе, тѣмъ самымъ связываютъ ее тѣснѣйшимъ образомъ съ бытомъ и строемъ каждаго отдѣльнаго государства, внѣ котораго она, по мнѣнію ихъ, и немыслима.

Мы полагаемъ, что раздѣленіе давности на *пріобрѣтающую* и *погашающую* и примѣненіе отдѣльно первой къ разнымъ правамъ, а послѣдней къ искамъ всякаго рода должны быть допущены въ теоріи, именно для того, чтобы не смѣшивать различныхъ юридическихъ отношеній, не подводить ихъ безъ всякой надобности подъ одно общее начало и не быть поставленнымъ въ необходимость исключать изъ подъ его дѣйствія тѣ права, къ которымъ по ихъ существу давность непримѣнима; но что въ отношеніи практическомъ настоящую силу, т. е. рѣшительное свойство производить измѣненіе въ извѣстномъ правѣ, можетъ имѣть только *давность исковая*. Пока нѣтъ иска, — нѣтъ и повода противопоставлять ему пріобрѣтеніе того или другаго права по давности. Но какъ самому иску для его вчинанія постановляется въ законодательствахъ опредѣленный срокъ, то при его предъявленіи отвѣтчику достаточно доказать, что этотъ срокъ истекъ. Иначе какая польза выставлять доводы давностнаго владѣнія, если истецъ можетъ опровергнуть ихъ тѣмъ, что для него исковой срокъ начинается не съ того момента, съ какого считаетъ начало своего срока отвѣтчикъ? И такъ, намъ кажется, все стараніе составителя гражданскаго устава должно быть направлено къ тому, чтобы выяснить со всею возможною точностію исковую давность въ примѣненіи къ различнымъ правамъ и противопоставить ее давности пріобрѣтающей такъ осязательно, чтобы въ практическомъ разрѣшеніи отдѣльныхъ случаевъ не

могло быть сомнѣнія въ томъ, имѣетъ или нѣтъ юридическую силу эта послѣдняя когда она не совпадаетъ съ давностью исковой; а также можетъ ли она имѣть мѣсто въ примѣненіи къ извѣстному праву безъ отношенія къ иску. Другое дѣло когда вопросъ идетъ о признаніи давности пріобрѣтающей независимо отъ всякаго мыслимаго спора, если напр. кто доказываетъ, что и онъ и его предки владѣли какимъ либо участкомъ земли въ продолженіи, положимъ, столѣтія. Но и здѣсь кто можетъ поручиться, что даже такая давность не перерывалась тѣмъ или другимъ способомъ. А потому и здѣсь, по нашему мнѣнію, прежде утвержденія за кѣмъ либо правительственнымъ актомъ извѣстнаго права по давности, необходимо предварительно огласить прошеніе лица, домогающагося такого утвержденія, чтобы могущіе заявить противъ того споръ предъявили свои доводы. На основаніи этихъ соображеній мы естественно приходимъ къ заключенію, сдѣланному уже Савиньи, и раздѣляемому, какъ мы видѣли, однимъ изъ лучшихъ нашихъ юристовъ, что давность должна имѣть въ законодательствѣ главнымъ образомъ значеніе отвода противъ иска, какъ и понимало ее первоначально римское право.

Переходя къ вопросу объ основаніи давности, мы думаемъ, что она, какъ юридическое учрежденіе, въ исторіи права каждаго государства появляется лишь съ сознаніемъ правительства и народа въ ея потребности и пользѣ; а какъ условія, подъ которыми установляются и вырабатываются юридическія понятія въ каждомъ народѣ бываютъ различны, то и понятіе о давности получаетъ соотвѣтственное имъ развитіе. Вслѣдствіе того мы видимъ, что въ однихъ государствахъ это учрежденіе имѣетъ болѣе широкое, въ другихъ болѣе ограниченное примѣненіе; что какъ условія для дѣйствія его, такъ и общепринятые для него сроки въ каждомъ законодательствѣ не одни и тѣже, и что наконецъ самое разграниченіе между сроками давностными и сроками окончательными, назначаемыми лишь для проявленія извѣстныхъ правъ и независящими отъ дѣйствія или бездѣйствія того или другаго лица (г. Энгельманъ вмѣстѣ съ герман-

скими учеными называетъ эти послѣдніе präklusivfristen), установляется по мѣрѣ развитія каждаго законодательства и усвоенія ему твердыхъ юридическихъ началъ, ясно сознаваемыхъ въ теоріи и практикѣ. Но каково бы ни было развитіе давности въ данномъ государствѣ, все таки въ немъ, по самой сущности ея, выдвигается на первый планъ давность исковая или процессуальная: обыкновенно судебные акты суть первые юридическіе памятники, которые знакомятъ насъ съ способомъ пониманія и примѣненія давности каждымъ отдѣльнымъ народомъ; позднѣйшіе источники права свидѣтельствуютъ также, что лишь чрезъ посредство иска выясняются условія и сроки давности пріобрѣтающей, и наконецъ въ самихъ законодательныхъ кодексахъ давности исковой не только неизбѣжно дается перевѣсъ передъ давностью владѣнія, но даже подъ ея вліяніемъ утверждаются за отвѣтчикомъ такія права, которыя сами по себѣ отнюдь не подходятъ подъ понятіе о давности. Вотъ почему, думаемъ мы, для уясненія себѣ этого учрежденія какъ въ исторіи права, такъ и въ теоріи и практикѣ каждаго отдѣльнаго государства, необходимо всегда сопоставлять давность процессуальную съ одной стороны давности владѣнія или давности пріобрѣтающей, а съ другой всѣмъ тѣмъ правамъ, которыя въ процессѣ получаютъ признаніе и силу чрезъ посредство давности, хотя сами по себѣ должны быть изъяты отъ ея дѣйствія. Съ этой точки зрѣнія мы и приступимъ къ разсмотрѣнію гражданской давности въ исторіи русскаго права и въ нашихъ современныхъ законодательствѣ и практикѣ.

Н. Калачовъ.

УЧЕНІЕ О КРАЖѢ СО ВЗЛОМОМЪ.

(Опытъ комментарія къ 1647 ст. Улож. о Нак.).

При внимательномъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ видовъ преступныхъ дѣяній, обыкновенно образующихъ какъ въ положительныхъ законодательствахъ, такъ и въ научныхъ системахъ уголовнаго права, предметъ *особенной* части уголовныхъ кодексовъ и систематическихъ сочиненій по уголовному правовѣдѣнію, никакое другое преступленіе не представляетъ собою такого разнообразія юридическихъ оттѣнковъ, обусловливаемыхъ различными степенями преступности какъ субъективнаго, такъ и объективнаго своего состава, какъ преступленіе *кражи*.

Если прослѣдить юридическія памятники главнѣйшихъ народовъ, оставившихъ намъ болѣе или менѣе полную исторію своего права, то не трудно замѣтить, что роды и виды наказаній за кражу представляютъ собою изумительные переходы отъ простыхъ денежныхъ пеней (poena dupli, tripli et quadrupli) до самыхъ ужасныхъ уголовныхъ наказаній (capitalis poena). Почти такое же разнообразіе переходовъ представляютъ собою и современныя законодательства цивилизованныхъ государствъ.

Понятно, что подобное видоизмѣненіе оттѣнковъ въ преступности одного и того же дѣянія могло получиться лишь при существованіи массы конкретныхъ явленій, положеніе— вполнѣ подтверждающееся тѣмъ, что въ статистическихъ таблицахъ каждаго государства кража, по многочисленности повторяющихся случаевъ, въ нѣсколько разъ превосходитъ всѣ остальные виды преступныхъ дѣяній.

Частое повтореніе разсматриваемаго преступленія, возбуждающее тревогу и опасенія; низость побужденій, равно какъ и самый образъ преступной дѣятельности вора, выдающій въ немъ лицемѣра и труса, являются прямыми причинами того, что не смотря на многочисленность и разнообразіе случаевъ кражи, никакой другой видъ противозаконныхъ дѣйствій никогда не пользовался бо́льшею антипатіей въ народѣ и, какъ слѣдствіе этого, бо́льшею строгостью на судѣ.

Такое ненавистное для народа преступленіе, вездѣ почти въ одинаковыхъ размѣрахъ проявляющееся, заставило многихъ криминалистовъ отнести кражу къ безусловно безнравственнымъ и поэтому всюду преступнымъ дѣяніямъ (delictum juris gentium), долженствующее, въ числѣ прочихъ послѣдствій, неминуемо повлечь за собою умаленіе гражданскаго достоинства лица въ обществѣ (infamia).

Если обратимся къ истинному юридическому основанію бо́льшей наказуемости разсматриваемаго преступленія, то окажется что инстинктивное, безотчетное народное чувство, проявляющееся съ одинаковою силою какъ въ вердиктахъ присяжныхъ, такъ и въ обычаяхъ народныхъ, находитъ себѣ полное оправданіе въ философскихъ основаніяхъ права вообще и уголовной политики въ особенности.

Кража составляетъ самый непосредственный и, такъ сказать, *чистый* видъ нарушенія собственности лица или общества. Но такъ какъ собственность является основаніемъ и необходимѣйшимъ условіемъ человѣческаго общежитія, то прямое нарушеніе этого права есть вмѣстѣ съ тѣмъ и косвенное посягательство на цѣлость и неприкосновенность самаго общества. [1]) Глубокія историческія изысканія приводятъ къ несомнѣнному убѣжденію, что безъ свободы и неприкосновенности частной собственности не возможны ни цивилизація, ни свобода народа. Отсюда обязанность государства заботиться о ненарушимости этого права, въ какихъ бы незначительныхъ формахъ эти нарушенія ни проявъ-

1) *Chauveau et Hélie* Théorie du Code pénal (édition Nypels) T. 2. № 3.146.

лялись, и защищать собственность отъ самовольныхъ и насильственныхъ расхищеній. Средствомъ къ достиженію этой цѣли является уголовный законъ съ его репрессивными послѣдствіями.

Но если несомнѣнная задача государства съ одной стороны состоитъ въ томъ, чтобы страхомъ наказанія удерживать однихъ отъ преступныхъ покушеній на собственность другихъ, то съ другой стороны еще бо́льшая обязанность его заключается въ справедливомъ примѣненіи самаго закона, безъ чего можетъ случиться пожертвованіе личной свободы гражданина въ пользу его собственности. Это второе требованіе разума и справедливости приводитъ къ необходимости строгаго и основательнаго изученія существа этого преступленія, со всѣми обстоятельствами особо увеличивающими или уменьшающими тяжесть его, къ логической классификаціи видовъ его и къ соотвѣтствующему этой классификаціи степененію самаго наказанія. При болѣе подробномъ и основательномъ знакомствѣ съ разсматриваемымъ преступленіемъ мы убѣждаемся, что для справедливой и вѣрной оцѣнки разныхъ случаевъ кражи необходимо основательное и разумное пониманіе закона, не для всякаго понятнаго при поверхностномъ прочтеніи его.

Настоящая статья посвящена одному изъ богатыхъ отдѣловъ ученія о кражѣ, именно изслѣдованію о значеніи взлома какъ обстоятельства, увеличивающаго преступность кражи. Обстоятельство это имѣетъ огромное значеніе какъ въ уголовномъ правѣ, такъ и уголовномъ судопроизводствѣ: поэтому мы полагаемъ, что болѣе подробное разсмотрѣніе этого предмета можетъ послужить какъ къ разъясненію положеній нашего законодательства, такъ и къ разрѣшенію казусныхъ случаевъ изъ судебной практики.

Понятіе взлома, какъ обстоятельства, увеличивающаго преступность кражи, внесено въ наше законодательство со времени изданія Уложенія о Наказаніяхъ 1845 г. Прежніе законы наши не упоминаютъ о взломѣ. [1]) Отсюда естествен-

1) Въ уголовныхъ законахъ нашихъ 1832 и 1842 годовъ кража обсужи-

Такимъ образомъ, прежде чѣмъ перейти къ догматическому изложенію нашего предмета по-русскому праву, считаемъ необходимымъ указать вкратцѣ на основной взглядъ главнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ на значеніе взлома, какъ обстоятельства, увеличивающаго преступность кражи.

Какъ общегерманскому праву (gemeines Recht), такъ и французскому и новѣйшимъ германскимъ кодексамъ свойственна одна общая черта въ постановленіяхъ о кражѣ со взломомъ. Въ противность законоположеніямъ русскаго Уложенія, дающаго этому обстоятельству чрезвычайно широкое примѣненіе, французское и германскія права допускаютъ взломъ, какъ моментъ увеличивающій вину подсудимаго, въ очень ограниченныхъ размѣрахъ.

Взломъ, какъ обстоятельство квалифицирующее преступность кражи, извѣстенъ западному міру съ самыхъ древнихъ временъ. О немъ упоминается въ древнѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ, и притомъ въ довольно опредѣленномъ значеніи. Изъ смысла этихъ законоположеній оказывается, что основаніе бо́льшей наказуемости этихъ кражъ западные народы видѣли въ нарушеніи воромъ неприкосновенности человѣческаго дома, какъ самаго надежнаго хранилища частнаго достоянія.

Германскій взглядъ на значеніе взлома уже ясно виденъ изъ содержанія 159 ст. Каролины съ коимъ почти совершенно совпадаетъ воззрѣніе Code pénal и новѣйшихъ германскихъ уголовныхъ кодексовъ.

Каролина трактуетъ о взломѣ въ 159 ст. *объ опасномъ воровствѣ* [1]).

Въ этой статьѣ сказано: Item so aber ein Dieb in vorgemeltem stelen, jemandts bei Tag oder Nacht in sein *Behausung oder Behaltung* bricht oder steigt..... so ist der Diebstall..... ein geflissner geverlicher diebstall. Изъ этихъ словъ закона ясно обнаруживается *объектъ* взлома: онъ можетъ быть со-

1) См. *Hammer* Ueber den gefährlichen Diebstahl nach art. 159 der Carolina N. A. d. CR. 1845. *Geib* N Ar. d. CR. 1847. *Köstlin*, Abhandlungen p. 276.

но заключить, что разсматриваемый оттѣнокъ въ преступности кражи заимствованъ изъ законодательствъ западно-европейскихъ государствъ, послужившихъ—какъ извѣстно—руководительнымъ пособіемъ для составителей Уложенія.

Всматриваясь, однакожь, внимательнѣе въ теорію и постановленія положительныхъ законовъ Франціи и Германіи, не трудно прійти къ заключенію, что при перенесеніи въ наше Уложеніе понятія взлома, какъ обстоятельства увеличивающаго преступность кражи, изъ иностраннаго права заимствована была одна лишь внѣшняя сторона его, не обращено надлежащаго вниманія на внутреннее содержаніе этого понятія, равно какъ совершенно упущено изъ виду юридическое основаніе, заставляющее квалифицировать подобнаго рода кражи. Послѣдствіемъ этого было то, что понятіе взлома получило въ нашихъ законахъ несообразные съ справедливостью и съ общественною пользою размѣры: случаи, по внутренней преступности своей нисколько не выдающіеся изъ обыкновеннаго уровня простой кражи; напротивъ, иногда даже менѣе важные чѣмъ тѣ, которые въ настоящее время отнесены къ кражамъ неквалифицированнымъ, разсматриваются и наказываются какъ кражи со взломомъ, и тѣмъ самымъ не только общія судебныя мѣста наши обременяются массой маловажныхъ дѣлъ, но и подсудимые претерпѣваютъ иногда наказанія, нисколько не сообразныя съ важностію совершенныхъ ими преступленій.

вается лишь по *двумъ* обстоятельствамъ: 1) по *цѣнѣ* похищеннаго и 2) по *повторенію* преступленія (ст. 692 и 694 изд. 1832 г. и ст. 806 и 808 изд. 1842 г.) Въ первомъ отношеніи система закона чрезвычайно дробна. Св. Зак. Угол. 1832 года различаетъ *три* вида кражи: 1) до 20 р. 2) отъ 20—100 р. и 3) свыше 100 р. (ст. 692.) Кромѣ того кража до 20 р. въ свою очередь распадется на *четыре* степени: a) до 5 р. b) отъ 5—10 р. c) отъ 10—15 р. и d) отъ 15—20 р. (ст. 693),—Св. Зак. Уг. 1842 года еще болѣе дробитъ кражу по цѣнѣ украденнаго. Кража по 806 ст. дѣлится на *три* вида: 1) до 6 р. 2) отъ 6—30 и 3) свыше 30 р. Кромѣ того, кража до 6 рублей, какъ въ сводѣ 1832 г., дѣлится также на *четыре* степени: a) до $1\frac{1}{2}$—3 р. c) отъ 3—$4\frac{1}{2}$ и d) $4\frac{1}{2}$—6 р. (ст. 807).—Система сводовъ 1832 и 1842 годовъ до сихъ поръ сохранена *въ Уставѣ Военно-Уголовномъ* изд. 1859 г. (ст. 506 и 507).

вершенъ только въ *Behausung* или *Behaltung*. Подъ первымъ изъ этихъ словъ разумѣется *всякое зданіе, приспособленное къ человѣческому жилищу;* подъ словомъ же *Behaltung* Каролина разумѣетъ, въ противоположность *Behausung* (обитаемому зданію), строеніе, не назначаемое для человѣческаго жилища, а для другихъ, хозяйственныхъ потребностей. Сюда относятъ амбары, магазины и другія зданія для сбереженія разныхъ произведеній или орудій производства. [1])

Code pénal признаетъ взломъ (effraction) обстоятельствомъ, увеличивающимъ преступность кражи, когда онъ также совершенъ въ зданіи обитаемомъ или имѣющемъ назначеніе служить человѣческимъ жилищемъ, равно какъ въ тѣхъ частяхъ строеній, которыя составляютъ принадлежность дома. Взломы, учиненные, хотя и съ цѣлью совершить кражу, но въ другихъ мѣстахъ, не квалифицируютъ кражу и не имѣютъ никакого вліянія на усиленіе наказанія подсудимому. [2])

Допуская, такимъ образомъ, взломъ только при похищеніяхъ, совершаемыхъ *въ домахъ*, французскій уголовный кодексъ вмѣстѣ съ тѣмъ различаетъ два вида этого увеличивающаго вину обстоятельства: взломъ внѣшній и внутренній (art. 394). Подъ *внѣшнимъ* взломомъ законъ разумѣетъ тотъ видъ поврежденія чужаго жилища, помощью котораго можно пробраться въ домъ, дворъ, огороженное мѣсто, пристройку зданія или же въ частную квартиру или помѣщеніе. [3]) Взломомъ *внутреннимъ* почитается поврежденіе внутри означенныхъ выше мѣстъ дверей, простѣнокъ, шкаповъ и другихъ хранилищъ движимаго имущества. [4])

---

1) *Hammer* (l c) p. 469—475, *Waechter* in Weiske RL. V. 413, *Geib* подъ *Behaltung* разумѣетъ *дворъ*, *Koestlin* (l. c.) 280 и слѣд.

2) *Chauveau et Hélie* Théorie du Code pénal T 2. № 3.357. и слѣд.

3) *Code pénal*, art 395. Les effractions extérieures sont celles à l'aide desquelles on peut s'introduire dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans les appartements ou logements particuliers.

4) Les effrations intérieures sont celles qui, *après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'artile précedent* (395), sont faites aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou autres meubles fermés (art. 396 § 1.)

Согласно съ французскимъ уголовнымъ кодексомъ, и прусское Уложеніе 14 апрѣля 1851 года признаетъ взломъ только тогда увеличивающимъ преступность кражи, когда онъ совершенъ въ мѣстахъ, служащихъ жилищемъ или обиталищемъ человѣка. [1])

Взглядъ французскаго и прусскаго законодательствъ на значеніе взлома, какъ обстоятельства, увеличивающаго преступность кражи, раздѣляютъ и прочія германскія законодательства. [2])

Наконецъ, англійское и американскіе законодательства, видящія въ кражѣ, сопровождавшейся взломомъ, особое преступленіе (burglary) также ограничиваютъ совершеніе взлома лишь „чужимъ жилымъ строеніемъ“ или „обнесеннымъ стѣнами мѣстомъ“. [3])

Изъ этихъ постановленій иностранныхъ законодательствъ ясна вся разница въ основномъ взглядѣ русскаго и иностранныхъ уголовныхъ уложеній. Взломъ, по воззрѣнію нашего кодекса, какъ увидимъ ниже, можетъ имѣть мѣсто вездѣ и надъ всякимъ хранилищемъ, и *одинъ этотъ фактъ уже считается обстоятельствомъ, квалифицирующимъ кражу.* По законодательствамъ же Западной Европы взломъ вообще

---

1) *Oppenhoff,* Das Strafgesetzbuch für die Preus. Staaten § 222 Note 2 § 223: Einbruch ist vorhanden: 1) wenn der Thäter mittelst Gewalt an *den Einfriedigungen* (Oppenhoff. § 223 Note 5.) oder an Gegenständen oder Vorrichtungen, welche das Eindringen verhindern, einen vorher nicht vorhanden gewesenen oder einen verschlossenen Eingang sich öffnet, oder eine schon vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert, oder sonst eine Ceffnung macht, mittelst welcher er den Eingang zum Eindringen sich oeffnet, oder auch ohne einzudringen den Diebstahl vollbringen kann; 2) wenn der Thäter *im Innern eines Gebäudes* in vorstehender Weise Thüren, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andre Behältnisse eroeffnet.—*Oppenhoff* Note 5 (§ 222 Note 10) и Note 11.

2) *Berner*, Lehrbuch. стр. 319. Die *neueren Gesetzbücher* unterscheiden den *äusseren* und den *inneren* Einbruch. Der Begriff des *äusseren* Einbruches wird dabei entweder in dem gemeinrechtlichen Sinne genommen, oder auch auf andre *umschlossene Räume* ausgedehnt. Unter dem *inneren* Einbruche versteht man aber die gewaltsame Eröffnung der im Inneren *eines Gebäudes* befindlichen Thüren, Wände und Behältnisse.

3) См. Уголовное право Англіи *Стифена* (переводъ В. Спасовича) стр. 178 и *Osenbrüggen,* im Gerichtssaal 1865 стр. 121.

имѣетъ значеніе только тогда, когда онъ совершенъ въ мѣстахъ, *указанныхъ въ законѣ*. Внѣ этихъ мѣстъ законодатель не придаетъ этому обстоятельству никакой важности.

Хотя по ст. 396 Code pénal, [1]) какъ и по Уложенію нашему, похищеніе запертыхъ хранилищъ уравнивается кражѣ со взломомъ втораго рода, т. е. взлому внутреннему, но и въ этомъ случаѣ похищеніе этихъ предметовъ должно непремѣнно быть совершено въ мѣстахъ, указанныхъ въ ст. 395 французскаго уголовнаго уложенія.

Этотъ взглядъ на значеніе взлома твердо установился и въ практикѣ судебной. Такъ, французскій кассаціонный судъ призналъ, что похищеніе запертаго хранилища (ящика) съ телѣги, на большой дорогѣ, не можетъ уподобиться кражѣ со взломомъ. Или, извощикъ, взломавшій, съ цѣлью совершить кражу, ввѣренный ему для доставленія ящикъ тоже не совершаетъ кражи со взломомъ. Или, человѣкъ, похитившій чемоданъ съ лошади, стоявшей у питейнаго дома, также не совершаетъ кражи со взломомъ. [2])

Основаніемъ всѣхъ этихъ рѣшеній служитъ то, что для того чтобы кража считалась совершенной со взломомъ необходимо, чтобы она совершена была въ мѣстахъ, указанныхъ въ законѣ, т. е. въ зданіи или внутри его; приведенные же случаи, какъ несоотвѣтствующіе требованіямъ закона, не могутъ считаться квалицифированными кражами.

На тѣхъ же основаніяхъ и прусскій кассаціонный судъ не призналъ, напримѣръ, кражи со взломомъ въ томъ случаѣ, когда воръ взломалъ прикрѣпленный къ внѣшней сторонѣ дома ящикъ, въ которомъ выставлены были разныя вещи на показъ (Schaukasten), [3]) или когда украденныя хра-

---

1) C.pénal, art. 396 § 2. Sont compris dans la classe des effractions interieures le simple enlévement des caisses, boites, ballots sous toile et corde, et autres meubles fermés, qui contiennent des effets quelconques, bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu.

2) *Chauveau et Hélie* Théorie d. C. pénal №№ 3.358—3.359.

3) *Oppenhoff* § 223 № 2 Note 12, 13.

нилища взломаны были не въ домѣ, откуда похищены, а въ другомъ мѣстѣ. [1])

Изъ этого видно, въ какомъ тѣсномъ смыслѣ западноевропейскія законодательства принимаютъ взломъ, какъ квалификацію кражи. Не всякое открытіе какого бы то ни было хранилища имущества почитается усугубляющимъ преступность кражи: для того, чтобы кража считалась совершенной со взломомъ и влекла бы за собою всѣ послѣдствія квалифицированнаго преступленія требуется, чтобы воръ насильственно разрушилъ преграды, препятствующія доступу къ чужому дому или же, вторгнувшись въ домъ безъ взлома, уничтожилъ бы препятствія къ похищенію имущества въ хранилищахъ, внутри дома находящихся.

Такое ограниченное понятіе о взломѣ вполнѣ согласно съ справедливостью, ибо только въ насильственномъ вторженіи вора *въ чужой домъ* можно видѣть особенную дерзость и опасность. Домъ частнаго человѣка считается его крѣпостью, самою священною территоріею гражданина. Мѣсто это у всѣхъ образованныхъ народовъ считалось и считается дорогимъ и неприкосновеннымъ. Здѣсь гражданинъ, оставляя свои уличные труды и заботы, наслаждается жизнію частнаго человѣка; сюда сноситъ онъ, какъ въ родное хранилище, сбереженія своего труда и искусства. Нарушеніе домашняго спокойствія, семейнаго мира (Hausfriede) считалось въ среднихъ вѣкахъ преступленіемъ равносильнымъ по своему основанію нарушенію спокойствія страны. Вотъ почему домашній очагъ такъ энергически отстаивался всѣмъ и каждымъ, и почему во вторженіи преступника въ чужой домъ видѣли особенную дерзость его и опасность для общества.

Въ самомъ дѣлѣ, воръ, вторгающійся въ чужой домъ для похищенія чужой собственности подвергаетъ и себя, и обитателей дома большой опасности. Съ одной стороны онъ не можетъ не ожидать крайняго сопротивленія

---

1) Въ этомъ пунктѣ прусское право отступаетъ отъ французскаго, идя дальше его.

(въ томъ случаѣ, когда его замѣтятъ), ибо хозяинъ не станетъ терпѣть безнаказаннаго поруганія надъ самыми священными своими правами. Съ другой стороны, рѣшившись на взломъ чужаго дома или хранилищъ, въ немъ находящихся, воръ косвенно даетъ поводъ заключить, что онъ рѣшился на все; что въ случаѣ надобности онъ готовъ прибѣгнуть не только къ насилію надъ вещью, но и надъ личностью хозяина дома. Вторженіемъ въ чужой домъ съ цѣлью похищенія, воръ какъ бы насмѣхается надъ самыми, повидимому, надежными мѣрами предосторожности, принятыми хозяиномъ. Что можетъ быть безопаснѣе для охраны частнаго достоянія, добытаго иногда усиленнымъ трудомъ—частнаго дома, собственнаго жилища, огороженнаго, обстроеннаго, со всѣхъ сторонъ замкнутаго? Воръ, не уважающій домашняго очага, вселяетъ истинный страхъ въ гражданахъ: они не вѣрятъ болѣе въ крѣпость и безопасность своихъ домовъ, не предвидя лучшихъ способовъ къ ихъ охраненію. Съ утратою безопасности и неприкосновенности частнаго дома гаснетъ любовь къ труду и сбереженіямъ, столь необходимымъ для поддержанія семьи и государства. Такимъ образомъ, воръ, вламывающійся въ частный домъ, является истинно опаснымъ и вреднымъ не только для частнаго человѣка, но и для всего общества. Квалификація кражи со взломомъ съ этой точки зрѣнія имѣетъ свое разумное основаніе въ неприкосновенности и святости домашняго очага.

Совсѣмъ другой взглядъ виденъ въ нашемъ Уложеніи. Взломъ, какъ квалификація кражи, не имѣетъ въ немъ своего юридическаго основанія, не вызванъ соображеніями, состоящими въ связи съ неприкосновенностью частнаго дома. Напротивъ, законъ нашъ, говоря о взломѣ, не ограничиваетъ совершеніе его извѣстнымъ мѣстомъ или предметомъ, такъ что взломъ надъ всякимъ хранилищемъ и въ какомъ мѣстѣ онъ ни былъ бы совершенъ, тѣмъ самымъ уже увеличиваетъ преступность кражи. Понятно, что подобною системой вноситсяв жизнь русскаго общества элементъ преступности, нисколько не оправдываемый ни справедливостью, ни общественною необходимостію. Въ присяжныхъ, хорошо знакомыхъ съ жи-

тейскими отношеніями и живо схватывающихъ нравственную сторону дѣянія, подобная строгость въ законахъ вызываетъ лишь частыя оправданія подсудимыхъ, что, конечно, нисколько не возвышаетъ задачи правосудія. Нерѣдко случается, что присяжные, признавъ подсудимаго виновнымъ въ кражѣ, отрицаютъ обстоятельство взлома, не смотря на то, что фактъ его существованія не подлежитъ сомнѣнію. [1])

Въ самомъ дѣлѣ, какое впечатлѣніе долженъ вынести изъ суда присяжный, когда онъ слышитъ, что подсудимаго, вошедшаго въ чужой домъ и похитившаго изъ незапертаго ящика 300 р., приговорили лишь къ тюремному заключенію на нѣсколько мѣсяцевъ безъ лишенія правъ, а обвиняемаго, укравшаго старые, изодранные сапоги изъ запертой котомки нищаго, оставленной подъ деревомъ на дорогѣ, подвергли лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и отдачѣ въ арестантскія роты на полтора года, или ссылкѣ на житье въ губерніи Томскую или Тобольскую. Или, что человѣка, укравшаго 50.000 р. безъ взлома подвергли тому же наказанію, какъ и крестьянина, взломавшаго на дорогѣ прибитую къ столбу кружку и похитившаго изъ нея 10 коп. Или, что воръ, вкравшійся въ чужой домъ, взломавшій внутреннюю дверь и похитившій со взломомъ изъ запертаго желѣзнаго сундука значительную денежную сумму потерпѣлъ не бо́льшее наказаніе, чѣмъ тотъ, кто похитилъ изъ стоявшаго на улицѣ воза запертый ящикъ ничтожной стоимости.

Подобные приговоры не могутъ не вліять сильно на нравственное чувство присяжнаго, привыкшаго судить каждое дѣяніе не по извѣстной системѣ, а конкретно. Между тѣмъ, вслѣдствіе широкаго значенія кражи со взломомъ, усвоеннаго нашимъ Уложеніемъ, судей нашихъ, особенно присяжныхъ, весьма часто поражаетъ исходъ этого рода процессовъ. За-

---

1) См., напр., *Суд. Вѣст.* № 67. 1866 г. дѣло о временно-отпускномъ рядовомъ Иванѣ Семеновѣ *Стебневѣ*. Стебневъ взломалъ кружку, стоявшую противъ угла Воспитательнаго Дома (въ Москвѣ) и покушался похитить находившіяся въ ней деньги (ихъ было копейками и денежками $12^1/_2$ коп.) Присяжные тѣмъ не менѣе признали его виновнымъ въ покушеніи на кражу *безъ взлома*.

пуганный присяжный, чувствующій какое-то нравственное давленіе за произнесенный имъ приговоръ, въ силу котораго ничтожная кража со взломомъ рѣшила всю участь человѣка, остерегается впредь признавать въ подобныхъ дѣлахъ взломъ доказаннымъ, и законъ становится такимъ образомъ мертвою буквой.

Обратимся теперь къ русскому Уложенію о наказаніяхъ и постараемся изъ статей его, къ нашему предмету относящихся, усмотрѣть значеніе и условія взлома, какъ квалификаціи кражи. Задача наша должна ограничиться преимущественно догматическимъ объясненіемъ и толкованіемъ статей 1647 и 1648 Уложенія по изданію 1866 года.

Догматическое объясненіе извѣстнаго юридическаго института должно строго держаться какъ буквальнаго смысла закона, такъ и духа въ немъ кроющагося. Въ особенности же при разсмотрѣніи нашего предмета толкованіе закона не должно выходить изъ-за предѣлы строго—буквальной интрепетаціи, ибо всякое увеличивающее вину подсудимаго обстоятельство, по началамъ уголовнаго права, не допускаетъ распространительнаго толкованія. Важнымъ пособіемъ при этомъ безспорно, служитъ матеріалъ, представляемый судебною практикой. Матеріалъ этотъ является драгоцѣннымъ дополненіемъ къ закону, и законодательства западно-европейскія, опираясь на богатую судебную практику, представляютъ въ этомъ отношеніи блестящій примѣръ выработанной и твердой доктрины по разнымъ частямъ права.

Условія же русской юриспруденціи въ этомъ отношеніи совсѣмъ иныя. Мало того, что у насъ до сихъ поръ не было твердой судебной практики, но, къ сожалѣнію, намъ недостаетъ еще и тѣхъ элементовъ, при помощи которыхъ эта практика можетъ образоваться. Единственное болѣе или менѣе систематическое уложеніе наше, Уложеніе о наказаніяхъ, страдаетъ почти ничѣмъ не вознаградимыми недостатками: оно слишкомъ казуистично, страдаетъ отсутствіемъ опредѣленій и изобилуетъ массой неточностей въ редакціи и даже противорѣчій въ разныхъ частяхъ своихъ многочисленныхъ отдѣловъ и раздѣловъ. При такихъ условіяхъ,

твердой и единообразной судебной практикѣ образоваться трудно, почти невозможно. Къ этому должно еще прибавить то, что вновь образованный кассаціонный судъ нашъ, съ одной стороны вслѣдствіе слишкомъ ограниченныхъ поводовъ кассаціи, допускаемыхъ имъ при толкованіи закона и вслѣдствіе слишкомъ широкаго пониманія имъ того, что относится *къ существу* дѣла, а съ другой стороны вслѣдствіе невыработавшейся еще у насъ системы постановки вопросовъ въ низшихъ инстанціяхъ суда,—весьма рѣдко бываетъ поставленъ въ положеніе непремѣнно высказаться относительно пониманія и примѣненія статей матеріальнаго уголовнаго права. Положеніе это подтверждается тѣмъ соображеніемъ, что изъ довольно значительнаго количества уже обнародованныхъ рѣшеній русскаго кассаціоннаго суда весьма ничтожная часть ихъ посвящена разъясненію статей Уложенія, между тѣмъ какъ болѣе двухъ третей ихъ занимается примѣненіемъ правилъ судопроизводства.

Неустановившаяся еще у насъ система постановки вопросовъ въ судѣ, рѣшающемъ дѣло по существу, приводитъ къ тому, что сенатъ, не имѣя въ виду тѣхъ законныхъ признаковъ, на основаніи которыхъ присяжными признаны доказанными то или или другое приступленіе, тотъ или другой видъ его, не въ состояніи произносить своего сужденія о томъ, правильно ли примѣненъ законъ, и часто принужденъ бываетъ признавать, что жалоба касается существа дѣла. Самое же нарушеніе правила о постановкѣ вопросовъ, по которому судъ не долженъ предлагать присяжнымъ вопросовъ въ видѣ юридическихъ терминовъ (ст. 760 Уст. Уг. Судопр.), сенатъ не считаетъ столь существеннымъ нарушеніемъ, чтобы ради одного его кассировать судебный приговоръ [1]).

---

1) См., напр., рѣшеніе по дѣлу мѣщанъ *Розенштейна и Цаплина* (Сб. рѣш. кассац. депар. пр. сената 1867 г. № 74). Въ этомъ дѣлѣ судъ предложилъ присяжнымъ вопросъ о *покушеніи* въ видѣ юридическаго термина, не разложивъ его на законные признаки. Сенатъ призналъ, что „хотя слово *покушеніе* принадлежитъ къ юридическимъ терминамъ *и не должно было* входить въ составъ вопроса, подлежащаго разрѣшенію присяжныхъ, но въ настоящемъ дѣлѣ отъ употребленія этого слова не могло произойдти ни-

Такимъ образомъ, русскому догматику и комментатору Уложенія прійдется, быть можетъ, долго ждать пока до разсмотрѣнія сената дойдетъ вопросъ о томъ, что считать кражей со взломомъ и что по закону требуется для законной характеристики этого обстоятельства. Вопросъ о взломѣ теперь предлагается для разрѣшенія присяжныхъ въ видѣ *юридическаго термина*, а не по фактическимъ обстоятельствамъ дѣла, вслѣдствіе чего и случается, что для понятія взлома иногда требуется *поврежденіе* хранилища, иногда же достаточно и доступа къ нему безъ матеріальнаго поврежденія и т. д. А такъ какъ рѣшеніе присяжныхъ, какъ извѣстно, ими никогда не мотивируется, то практика и наука лишены твердыхъ и постоянныхъ опоръ къ разрѣшенію того или другаго вопроса. Только при существованіи ясныхъ опредѣленій въ законѣ и при правильномъ подведеніи конкратнаго случая подъ это опредѣленіе, можетъ установиться сознательная судебная практика или то, что юристы западной Европы называютъ *юриспруденціей*.

При такихъ условіяхъ русскаго законодательства и судебной практики, въ настоящее время приходится прибѣгать къ рѣшеніямъ нисшихъ судебныхъ мѣстъ и стараться уловить развитіе ученія о кражѣ со взломомъ въ отрывочныхъ указаніяхъ, представляемымъ этимъ матеріаломъ. Нисшимъ судебнымъ мѣстамъ нашимъ очень часто приходится высказывать свой взглядъ на этотъ предметъ при пререканіяхъ о подсудности, возникающихъ между мировыми судь-

---

какихъ затрудненій какъ потому, что въ самомъ обвинительномъ актѣ преступленіе, въ которомъ обвинялся Розенштейнъ, названо также покушеніемъ на сбытъ мѣднаго песку за золотой, и въ продолженіи всего судебнаго слѣдствія допросы и пренія клонились къ разъясненію этого преступленія, такъ и потому, что *по удостовѣренію* окружнаго суда, предсѣдатель въ заключительной рѣчи своей устранилъ то сомнѣніе, къ которому могло подать поводъ отступленіе отъ правила, изображеннаго въ ст. 760 Уст. Уг. Судопр. Притомъ ни подсудимый, ни защитникъ его не возражали противъ способа изложенія вопросовъ, а отозвались, что не имѣютъ замѣчаній. Вслѣдствіе сего указываемое нынѣ защитникомъ подсудимаго нарушеніе 760 ст. Уст. Уг. Судопр. *не можетъ служить основаніемъ къ уничтоженію приговора.*“

ями и ихъ съѣздами съ одной стороны, и судебными слѣдователями и окружными судами съ другой. Къ сожалѣнію, такъ какъ вопросы эти возникаютъ до рѣшенія дѣла по существу, то большая часть подобныхъ рѣшеній остается недоступною для интересующейся публики. Этимъ объясняется крайняя бѣдность напечатаннаго до сихъ поръ матеріала по разсматриваемому нами предмету [1]).

Уложеніе наше не содержитъ въ себѣ *опредѣленія* взлома, а ограничивается лишь назначеніемъ наказанія за кражу со взломомъ, *смотря по роду и важности* учиненнаго взлома. Взломъ предполагается, слѣдовательно, понятіемъ извѣстнымъ и не нуждающимся въ особомъ опредѣленіи въ законѣ. На практикѣ, однакожь, отвѣтъ на вопросъ, что считать кражей со взломомъ бываетъ чрезвычайно различенъ. Различіе въ опредѣленіи этого понятія, при отсутствіи законнаго опредѣленія, всего чаще зависитъ отъ субъективныхъ воззрѣній примѣнителей закона.

Характеристическія признаки взлома должны быть выведены изъ тѣхъ *примѣровъ*, которые въ ст. 1647 Уложенія замѣняютъ опредѣленіе закона. Обращаясь къ содержанію этой статьи, мы видимъ, что кража почитается совершенной со взломомъ: 1) Когда сдѣланъ былъ *подкопъ* подъ домъ или иное зданіе, или же *отбиты* или *разбиты* вороты или наружныя двери зданія, или *проломаны* стѣны или кровля, или сдѣланъ иной *проломъ*; 2) когда воръ ограничился *разбитіемъ* или *поврежденіемъ* оконъ или внутреннихъ въ зданіи дверей, шкаповъ, сундуковъ, ларцевъ или иныхъ хранилищъ, въ коихъ находились украденныя вещи или другіе предметы, или же *отбитіемъ* замковъ, бывшихъ на тѣхъ сундукахъ или иныхъ хранилищахъ, или же *оторваніемъ* приложенныхъ къ нимъ печатей.

Такимъ образомъ, въ перечисленныхъ законодателемъ спо-

---

1) Автору этой статьи со времени введенія въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ 1864 года удалось достать только два рѣшенія Московской судебной палаты, относящіяся къ ученію о кражѣ со взломомъ. Рѣшенія эти помѣщены въ *Юридической Газетѣ* 1866 — 67 года въ №№ 9 и 18.

собахъ доступа къ чужимъ хранилищамъ, съ достаточною ясностью обнаруживается характеристическая черта взлома. Для признанія этого факта необходимо *насильственное разрушеніе преградъ*, препятствующихъ доступу къ вещи. Необходимо сдѣлать: *подкопъ* подъ домъ или зданіе или *разбить, отбить, проломать, повредить, оторвать* тѣ предметы, которые охраняютъ чужое имущество. Если вещь, будучи въ чужомъ хранилищѣ, похищена будетъ безъ поврежденія послѣдняго, то, по смыслу 1647 ст. Уложенія, взлома признать нельзя.

Законодатель, требуя такого характеристическаго признака отъ кражи со взломомъ, отправляется при этомъ отъ весьма разумныхъ и справедливыхъ предположеній. Вопервыхъ, усиленіе наказанія за кражу со взломомъ должно имѣть мѣсто лишь тогда, когда воръ дѣйствительно разрушилъ препятствія, употребляемыя въ общежитіи для охраненія вещей. Имущество въ этомъ случаѣ ввѣрено было особому попеченію; хозяинъ вещи съ своей стороны исполнилъ все, что отъ бережливаго хозяина требовать можно. Вовторыхъ, въ тѣхъ случаяхъ когда вещь не была надлежащимъ образомъ охранена, не представляется основаній къ усугубленію наказанія за кражу, ибо въ этомъ случаѣ, виноватъ отчасти и хозяинъ, не принявшій должныхъ мѣръ предосторожности.

Начало, нами проводимое, уже освящено нѣсколькими рѣшеніями изъ новой судебной практики. Такъ, въ рѣшеніи Московской судебной палаты по дѣлу о кражѣ вещей изъ сундука мѣщанки Просковьи *Черковой* [1]), г. товарищемъ прокурора, съ заключеніемъ котораго согласилась палата, было высказано, что „хотя въ законѣ нѣтъ точнаго опредѣленія, что слѣдуетъ разумѣть подъ взломомъ, но *внутренній* смыслъ единственныхъ статей Уложенія, въ которыхъ упоминается о кражѣ со взломомъ (ст. 1647 и 1648) и сопоставленіе этихъ двухъ статей между собою несом-

1) *Юрид. Газета* № 9.

нѣнно убѣждаютъ, что взломомъ называется *насильственное устраненіе матеріальныхъ препятствій, охраняющихъ вещь, которая составляетъ предметъ похищенія.* Насильственное устраненіе можетъ-быть произведено или подкопомъ и проломомъ наружныхъ частей цѣлаго зданія, или только разбитіемъ и поврежденіемъ внутреннихъ запоровъ, и по различію сихъ двухъ насильственныхъ дѣйствій и наказаніе, по ст. 1647, полагается различное: внутренній взломъ наказывается одною степенью ниже наружнаго.“ Въ другомъ рѣшеніи той же судебной палаты, гдѣ разрѣшенію суда представлялся вопросъ, можно ли считать кражей со взломомъ тотъ случай, когда воръ отогнулъ одну (плетневую) сторону сарая отъ другой (бревенчатой) и укралъ оттуда лошадь, палата, разрѣшивъ вопросъ этотъ отрицательно, нашла, что по ст. 1647 Уложенія „кража со взломомъ признается тогда, когда для сего былъ сдѣланъ подкопъ подъ домъ или иное зданіе, или же отбиты или разбиты ворота или наружныя двери зданія, или проломаны стѣны, или кровля, или сдѣланъ иной проломъ, или же когда взломъ ограничивался разбитіемъ или поврежденіемъ оконъ или внутреннихъ въ зданіи дверей, шкаповъ, сундуковъ, ларцевъ или иныхъ хранилищъ, или же оторваніемъ приложенныхъ къ нимъ печатей. Изъ акта осмотра, составленнаго приставомъ при понятыхъ, не видно, чтобы въ сараѣ, изъ котораго украдена лошадь г-жи Суховой, сдѣланъ былъ подкопъ или какой-нибудь *проломъ, или отбитіе, или поврежденіе замка*; напротивъ того, актъ удостовѣряетъ, что при осмотрѣ *никакого поврежденія* ни сарая, ни замка не оказалось. Что же касается до объясненія управляющаго Яковлева, что лошадь была выведена изъ сарая чрезъ отогнутіе плетневой стороны его отъ бревенчатой, къ которой она только примыкала, но не была съ нею связана и легко могла быть отогнута, то это обстоятельство, еслибъ оно и сопровождало кражу лошади, *какъ не требовавшее никакого усилія* и не оставившее по себѣ никакихъ признаковъ *повреждения* въ сараѣ, не можетъ-быть подведено ни подъ

общее понятіе взлома, ни подъ опредѣленія его, указанныя въ вышеозначенной статьѣ Уложенія о наказаніяхъ“ [1]).

Такимъ образомъ, чтобы совершить кражу со взломомъ, необходимо *взломать*, *повредить* хранилище или запоръ онаго. Не должно по этому почитать кражей со взломомъ, когда воръ отогнулъ, напр., гвозди придерживавшіе дверь или окно и влѣзъ въ домъ; или развязалъ или снялъ веревки, коими былъ обвязанъ чемоданъ или ящикъ; или отсунулъ задвижку придерживавшую дверь; или повернулъ ключъ, въ двери или ящикѣ находившійся, и такимъ образомъ отперъ его. Во всѣхъ этихъ случаяхъ взлома нѣтъ, ибо нѣтъ *поврежденія* хранилища; воръ отперъ, приступилъ къ имуществу не столько вслѣдствіе бо́льшей своей дерзости и испорченности, сколько вслѣдствіе небрежности и оплошности самаго хозяина. Квалифицировать подобныя кражи не представляется никакихъ особенныхъ основаній.

Но если для понятія взлома, по ст. 1647 Уложенія, требуется *поврежденіе* хранилища, въ которомъ находилось имущество или же тѣхъ запоровъ, которые преграждаютъ къ нему доступъ, то для признанія этого обстоятельства все равно, было ли это поврежденіе учинено какимъ-либо *орудіемъ* или безъ онаго. Въ рѣшеніи Московской судебной палаты по дѣлу *Черковой* справедливо признано было [2]), что „для наказуемости насильственнаго дѣйствія, признаваемаго взломомъ, нѣтъ надобности, чтобы при этомъ дѣйствіи были употреблены какія-либо орудія; можно при нѣкоторой физической силѣ или недоброкачественности матеріальнаго препятствія, проломить наружныя двери или кровлю ногою, равно какъ рукою оторвать печать и отбить замокъ, и большія или меньшія усилія, употребленныя при этомъ виновнымъ, вліяютъ только на мѣру слѣдующаго ему наказанія (п. 5. ст. 129 улож.), но не измѣняютъ характера преступленія.“

Для понятія взлома законъ требуетъ, какъ мы видѣли, под-

1) См. *Юрид. Газету* № 18 по дѣлу о кражѣ у г-жи Суховой.
2) *Юрид. Газета* № 9.

копъ *подъ* домъ или зданіе, отбитіе или разбитіе воротъ или дверей ихъ, равно какъ поврежденіе хранилищъ, въ *коихъ находились украденныя вещи* или *другіе предметы* и т. д. Внутренній смыслъ этой статьи ясно показываетъ, что взломъ долженъ служить средствомъ къ тому, чтобы *проникнуть* въ домъ, зданіе или хранилище *для* похищенія *самостоятельныхъ* вещей, *въ нихъ* находящихся. Поэтому никоимъ образомъ не слѣдуетъ считать кражей со взломомъ, когда воръ взломалъ ящикъ или иное хранилище съ тѣмъ, чтобы похитить не вещи, въ хранилищѣ находившіяся, а *части* самаго хранилища. Начало это освящено Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ государственнаго совѣта по дѣлу о неслужащемъ дворянинѣ Сергѣѣ *Тыртовѣ* [1]). Въ мнѣніи этомъ признано было, „что при положительномъ опредѣленіи взлома въ ст. 2228 и 2229 Уложенія изд. 1857 (по изд. 1866 года ст. 1647 и 1648) и *по общимъ понятіямъ* о семъ дѣйствіи, нельзя назвать взломомъ какое-либо дѣяніе, *кромѣ* означенныхъ въ сихъ статьяхъ, именно въ такихъ случаяхъ, когда хранилище денегъ, бумагъ или вещей взломано или испорчено тѣмъ или инымъ образомъ для того, *чтобы проникнуть во внутренность онаго и похитить въ немъ находившееся*; оторваніе же или отломаніе чего-либо, учиненное собственно для похищенія сей вещи, принадлежитъ *къ обыкновенной* кражѣ (Улож. о наказ. ст. 2238, а по изд. 1866 г. ст. 1655). Но употребленное при семъ случаѣ насильственное дѣйствіе и вредъ, симъ причиненный, должны быть признаны особенными увеличивающими вину обстоятельствами и могутъ быть поводомъ къ возвышенію наказанія, на основаніи п. 5-го и 9-го 141 Улож. 1857 г. (изд. 1866 ст. 129).“

Изъ этого начала, прямо вытекающаго изъ природы кражи со взломомъ, возникаетъ вопросъ спорный не только въ русской, но въ иностранной судебной практикѣ. Если для того, чтобы кражу считать совершенной со взломомъ необходимо *проникнуть* въ мѣста, указанныя въ ст. 1647 ст.

1) Сборн. Мнѣній Госуд. Совѣта Кн. I. 1846 — 1863 стр. 157.

Улож., то спрашивается, необходимо ли, чтобы воръ чрезъ сдѣланный имъ проходъ *влѣзъ* въ то мѣсто, гдѣ хранилось имущество или достаточно и того, чтобы онъ только *находился въ возможности* совершить похищеніе, лично не проникая въ хранилище? Понятно, что вопросъ этотъ имѣетъ практическое значеніе только при совершеніи кражи въ мѣстахъ, указанныхъ въ первой части 1647 ст., т.-е. въ домахъ и зданіяхъ. Сюда относятся тѣ случаи, когда воръ, взобравшись на крышу дома или сарая, взломалъ часть крыши и, не проникая во внутренность зданія или строенія, совершаетъ похищеніе; или, когда взломано окно и воръ съ улицы, не входя внутрь, похищаетъ находившіяся на окнѣ вещи и т. п. Мы не знаемъ ни одного судебнаго рѣшенія изъ русской практики, въ которомъ вопросъ этотъ былъ бы разрѣшенъ окончательно. Изъ содержанія 1647 статьи Уложенія видно, что законъ подъ кражей со взломомъ разумѣетъ похищеніе вещей изъ дома, зданія или хранилища, для чего, какъ признано въ приведенномъ нами мнѣніи государственнаго совѣта, необходимо *проникнуть во внутренность хранилища*. Изъ этого можно было бы заключить, что для признанія кражи со взломомъ необходимо, чтобы воръ посредствомъ взлома *проникъ* въ домъ или зданіе, и что требованіе это вытекаетъ изъ особаго покровительства къ жилищу частнаго человѣка. Но мнѣніе это, въ особенности въ примѣненіи къ русскому праву, должно быть признано несостоятельнымъ. Уже выше было указано, что по Уложенію, нарушеніе домашняго спокойствія не есть главное основаніе бо́льшей наказуемости кражи со взломомъ. Напротивъ, законодательство русское видитъ основаніе къ квалификаціи этого преступленія въ одномъ *поврежденіи* хранилища, въ одномъ уничтоженіи внѣшнихъ препятствій, охранявшихъ похищенное имущество. Поэтому по смыслу 1647 ст. Уложенія для того, чтобы признать кражу совершенную посредствомъ взлома, достаточно съ одной стороны дѣйствительности учиненнаго поврежденія въ хранилищѣ, а съ другой, признанія, что воръ *этимъ способомъ поставленъ былъ въ возможность совершить похищеніе.* Правда,

воръ, вламывающійся въ домъ или зданіе, личнымъ появленіемъ своимъ способенъ произвести бо́льшее смятеніе и тревогу нежели тотъ, кто, сидя на крышѣ, запускаетъ руку въ учиненное имъ отверстіе; но законъ этому обстоятельству не придаетъ особаго значенія и для него совершенно безразлично, про́никъ ли воръ въ чужое хранилище (домъ или зданіе) *всѣмъ тѣломъ или только извѣстными частями его.*

1647 ст. Уложенія, смотря по роду и важности учиненнаго взлома различаетъ двѣ категоріи этого увеличивающаго вину обстоятельства. Одной изъ этихъ категорій законодатель придаетъ бо́льшее, другой меньшее значеніе.

Мы видѣли выше, что и французскій Code pénal, и другія иностранныя законодательства различаютъ два вида взлома, называя одинъ *внѣшнимъ*, а другой *внутреннимъ* [1]). Къ первому относятся поврежденія, дѣлаемыя *для входа* въ чужой домъ, ко второму — поврежденія, совершаемыя *внутри* дома надъ хранилищами, тамъ находящимися.

Въ нашемъ законѣ нѣтъ такой классификаціи, хотя на практитѣ поврежденія, исчисленныя въ первой части 1647 ст., нерѣдко обозначаютъ взломомъ *внѣшнимъ*, а тѣ, которыя приведены во второй части указанной статьи, взломомъ *внутреннимъ* [2]). Очевидно, что подобная терминологія ошибочна и не соотвѣтствуетъ содержанію 1647 ст. Уложенія.

Дѣйствительно, изъ содержанія 1-й части этой статьи, въ которой говорится о подкопѣ *подъ домъ или зданіе*, о разбитіи или отбитіи *наружныхъ дверей* или *воротъ* зданія, о проломленіи *стѣнъ или кровли* и другихъ *проломовъ*, изъ этой части 1647 ст. ясно видно, что законодатель имѣлъ въ виду опредѣлить способы взлома, употребляемыя *для входа* въ чужой домъ или зданіе. Этого рода взломы вполнѣ могутъ быть называемы взломами *внѣшними*. Они могутъ быть совершаемы только для входа въ *домъ* или *зданіе*. Даль-

---

1) *Code pénal* art 394.

2) См. напр. въ рѣшеніи судебной палаты по дѣлу Черковой *Юрид. Газета* № 9-й.

нѣйшее разъясненіе того, что законъ разумѣетъ подъ домомъ и зданіемъ мы увидимъ ниже.

Но совершенно ошибочно примѣнять къ поврежденіямъ, исчисленнымъ во 2-*й* части 1647 ст., названіе *взлома внутренняго*. Въ самомъ дѣлѣ, каковъ смыслъ этой статьи? „Когдажъ взломъ ограничился, сказано въ ней, разбитіемъ или поврежденіемъ *оконъ* или *внутреннихъ* въ зданіи *дверей, шкаповъ, сундуковъ, ларцевъ* или *иныхъ хранилищъ*, въ коихъ находились украденныя вещи или другіе предметы, или же отбитіемъ *замковъ*, бывшихъ на тѣхъ сундукахъ или иныхъ хранилищахъ или же оторваніемъ *приложенныхъ къ нимъ печатей*, то и. т. д. Итакъ, статья эта предусматриваетъ прежде всего разбитіе или поврежденіе *оконъ*, безъ указанія въ какой части зданія или дома оныя должны находиться. Отсюда слѣдуетъ, что разбитіе или поврежденіе *всякаго* окна, гдѣ бы оно ни было проведено и куда бы ни выходило — на улицу-ли, площадь, дворъ или даже корридоръ, внутри дома — не будетъ и не должно подходить подъ понятіе взлома *внѣшняго*, ибо случай разбитія или поврежденія оконъ не предусмотренъ въ 1-й части 1647 ст. Уложенія. Но назвать, напр., поврежденія окна, выходящаго на улицу, взломомъ *внутреннимъ* также не представляется основаній, такъ какъ по самому характеру своему взломъ этотъ долженъ быть скорѣе причисленъ къ взломамъ *внѣшнимъ*.

Далѣе, статья говоритъ о разбитіи и поврежденіи *внутреннихъ въ зданіи дверей*. Здѣсь, дѣйствительно, представляются всѣ признаки взлома внутренняго: воръ долженъ проникнуть въ зданіе, внутри его учинить взломъ дверей и совершить похищеніе. Законъ говоритъ здѣсь только о внутреннихъ *дверяхъ*. Отсюда возникаетъ вопросъ, если воръ разобьетъ или повредитъ внутри дома не дверь, а перегородку, стѣну или другой предметъ, препятствующій доступу къ имуществу, то можно ли будетъ примѣнить къ нему 2-ую части 1647 ст. Уложенія? Отвѣтъ на тотъ вопросъ, очевидно, должно быть утвердительный. Смыслъ разсматриваемой части 1647 ст. Уложенія тотъ, что въ ней предусматриваются взломы, *внутри* дома или зданія учиненные. Будутъ ли

доступу къ вещи препятствовать *дверь*, или *перегородка*, или *простѣнокъ* все равно, лишь бы воръ разбилъ или повредилъ эти предметы съ цѣлью совершить похищеніе. Требуется, чтобы воръ *разбилъ* или *повредилъ* предметы, препятствующіе доступу къ вещамъ; не будетъ поэтому взлома, когда воръ отодвинулъ шкапъ или комодъ, загораживавшіе проходъ въ другую комнату и такимъ образомъ совершилъ похищеніе.

Затѣмъ 2-я часть 1647 ст. говоритъ о разбитіи или поврежденіи *шкаповъ, сундуковъ, ларцевъ или иныхъ хранилищъ*, и объ отбитіи и оторваніи бывшихъ на этихъ хранилищахъ *замковъ* и *печатей*.

При чтеніи этой части разсматриваемой статьи является сомнѣніе въ томъ, не хотѣлъ ли законодатель ограничить поврежденіе и разбитіе означенныхъ выше предметовъ случаями нахожденія ихъ *внутри зданія или дома*, какъ-то принято во французскомъ и другихъ законодательствахъ. Дѣйствительно, нѣкоторые, читая это мѣсто 1647 ст., относятъ выраженіе закона: *внутреннихъ въ зданіи* не только къ дверямъ, но къ хранилищамъ, выше исчисленнымъ.

Но подобное толкованіе не только противорѣчитъ *грамматическому* складу рѣчи, но, къ сожалѣнію, положительно опровергается какъ прежнею, такъ и новою судебною практикою нашей и статьею 1648 Уложенія. Мы уже выше сказали, что ни законодательство наше, ни судебная практика не признаютъ основанія бо́льшей наказуемости кражи со взломомъ въ томъ, что кражи сіи совершаются *въ домахъ или зданіяхъ*. Напротивъ, голый фактъ взлома, *въ какомъ бы мѣстѣ онъ ни былъ совершенъ*, уже достаточенъ для квалификаціи сего преступленія. На основаніи этого соображенія практика наша примѣняетъ 2-ю часть 1647 ст. къ поврежденіямъ хранилищъ, какъ внутри зданій находившихся, такъ и въ другихъ мѣстахъ (напр. на улицѣ, дорогѣ, полѣ и т. д.) учиненныхъ. Подтвержденіе этого толкованія практика видитъ еще въ ст. 1648 Уложенія, говорящей о похищеніи запертыхъ хранилищъ безъ разбитія и поврежденія оныхъ. Статья эта, уравнивая описанное въ

ней дѣяніе взлому второй части 1647 ст., также не упоминаетъ о томъ, чтобы хранилища тѣ во время похищенія находились внутри зданія или дома.

Мы съ своей стороны вполнѣ раздѣляемъ подобное толкованіе закона: оно прямо вытекаетъ изъ грамматическаго его смысла. Но соотвѣтствуетъ ли подобная строгость интересамъ справедливости и общественной пользы, это вопросъ другаго рода.

Уже въ началѣ нашего изслѣдованія мы указывали на отличительную черту нашего законодательства въ ученіи о кражѣ со взломомъ, ученіи—не имѣющемъ никакихъ преданій въ русскомъ законодательствѣ, предшествовавшемъ Уложенію о наказаніяхъ 1845 г. Въ этомъ мѣстѣ мы позволимъ себѣ только высказать желаніе, чтобы при пересмотрѣ нашего уголовнаго кодекса обращено было бы надлежащее вниманіе на этотъ, по нашему мнѣнію, крайне важный предметъ. Намъ казалось бы вполнѣ справедливымъ ограничить понятіе о взломѣ *внутреннемъ* только поврежденіями, внутри зданій совершаемыми какъ надъ хранилищами въ нихъ находящимися, такъ и надъ частями самыхъ зданій, служащими препятствіемъ доступу къ имуществу.

Въ самомъ дѣлѣ, какое соображеніе приводятъ обыкновенно въ защиту строгости закона? Бо́льшія *усилія*, употребляемыя воромъ для похищенія имущества. Этотъ взглядъ находимъ мы и въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи государственнаго совѣта по дѣлу о дворянинѣ Александрѣ-Станиславѣ-Котикѣ *Маркевичѣ*[1]). Въ мнѣніи этомъ высказано, „что при составленіи Уложенія о наказаніяхъ *принято было правиломъ* для ограниченія числа степеней въ каждомъ родѣ наказаній, сравнивать виды единородныхъ преступленій по сходству *усилій* къ приведенію въ дѣйствіе злаго умысла.“

Но нужны ли, въ самомъ дѣлѣ, какія-либо особенныя усилія, чтобы стащить запертый ящикъ съ телѣги или выдернуть незатѣйливый пробой изъ крестьянскаго сундука, внѣ

1) Сборн. Мнѣній. Г. С. 1846 — 1862 книга I. стр. 81.

дома стоявшаго [1])? Понятно, что для совершенія тѣхъ же дѣствій въ домѣ или зданіи, гдѣ на каждомъ шагу воръ рискуетъ встрѣтиться съ хозяиномъ или другими живущими, требуется особая дерзость и значительныя усилія: похититель долженъ предварительно ознакомиться съ образомъ жизни домашнихъ, изучить ходы и выходы, выжидать благопріятное время и устранять всѣ могущія ему встрѣтиться препятствія. Ничего подобнаго не видимъ мы въ тѣхъ случаяхъ, когда взломы хранилищъ совершаются внѣ человѣческихъ жилищъ и другихъ зданій. Усилій въ этихъ случаяхъ требуется иногда менѣе того, что нужно для совершенія кражи изъ кармановъ, на рынкахъ и проч. Хранилища, внѣ домовъ и зданій находящіяся, самимъ хозяиномъ лишены его особеннаго попеченія, котораго ни одинъ уголовный законъ замѣнить не въ состояніи. Только тогда, когда самимъ владѣльцемъ вещи истощены всѣ мѣры предосторожности, на помощь ему долженъ спѣшить законъ и строго взыскивать за нарушеніе его правъ.

Итакъ, ст. 1647 Уложенія не дѣлаетъ никакого различія относительно того, находились ли взломанныя хранилища въ домѣ или строеніи, или же въ другихъ мѣстахъ.

Что же слѣдуетъ разумѣть подъ словомъ *хранилище?* По примѣрамъ, приведеннымъ въ 2-й части 1647 ст. Уложенія, не трудно заключить, что подъ словомъ этимъ надлежитъ понимать искусственное помѣщеніе, приспособленное ко *вмѣщенію* въ себѣ различныхъ вещей или другихъ предметовъ. На этомъ основаніи вещь не должна считаться въ хранилищѣ, если она будетъ, напр., привязана или прибита

---

1) *Г. Спасовичъ* въ статьѣ своей о воровствѣ-кражѣ. (Ж. М. Ю. 1859 г. августъ) справедливо замѣчаетъ, что „даже и распечатаніе бумажнаго конверта, въ которомъ содержалась похищенная вещь, будетъ считаться взломомъ внутреннимъ.“ стр. 26. Авторъ *Замѣтокъ по дѣламъ о кражѣ* (Ж. М. Ю. 1866 г. № 10) идетъ еще далѣе. По его мнѣнію „слово *печать*, употребленное въ 1647 статьѣ, слѣдуетъ понимать въ обширномъ смыслѣ. Оторваніе печатей будетъ, и въ томъ случаѣ, когда самыя печати *не будутъ повреждены*, а будутъ перерѣзаны только связь, снуръ, соединяющій печати между собою.“

къ другому предмету. Такъ, не совершаетъ кражи со взломомъ тотъ, кто срываетъ прикрѣпленную къ стѣнѣ вывѣстку, или срѣзываетъ веревки, или уничтожаетъ цѣпи, коими предметъ прикрѣпленъ къ чему-либо. Хранилище, судя по примѣрамъ приведеннымъ въ 1647 ст. Уложенія, должно сверхъ того быть искусственнымъ, *самостоятельнымъ* помѣщеніемъ, и притомъ такого рода, которое *обыкновенно* употребляется *въ общежитіи именно* для сбереженія или сохраненія имущества. Не подходитъ, поэтому, подъ понятіе хранилища яма, вырытая въ землѣ для сбереженія денегъ или другихъ драгоцѣнностей, и въ послѣдствіи засыпанная. Такое несамостоятельнное помѣщеніе, по смыслу 1647 статьи Уложенія, не можетъ почитаться хранилищемъ [1]). Хранилище, какъ сказано, должно кромѣ того быть такимъ помѣщеніемъ, которое *обыкновенно* употребляется въ жизни именно для сбереженія вещей, денегъ или другихъ предметовъ. Такимъ образомъ, не должно считать хранилищемъ, шапку, одѣяло или подушку, хотя нерѣдко встрѣчается, что деньги и документы зашиваются въ эти предметы. Подобные случаи требуютъ весьма тщательнаго и осторожнаго обсужденія.

Вторая часть 1647 ст. признаетъ взломомъ не только разбитіе и поврежденіе самихъ хранилищъ, къ коихъ находились украденныя вещи, но и отбитіе замковъ, бывшихъ на

---

1) Это признано было также и французскимъ кассаціоннымъ судомъ, который опирается еще на томъ весьма вѣрномъ соображеніи, что для понятія взлома требуется уничтоженіе препятствій для доступа къ *запертымъ*, а не *скрытымъ* вещамъ. „L'effraction, telle qu'elle est définie par l'article 393, сказано въ рѣшеніи кассаціоннаго суда, suppose la violation d'une clôture destinée à porter un obstacle aux moyens que le voleur voudrait employer pour enlever l'objet *enfermé*; or, on ne peut considérer comme formant un pareil obstacle la terre dont on n'avait couvert les objets volés *que pour les soustraire á la vue et les cacher.*“ Извѣстный оберъ-прокуроръ французскаго кассаціоннаго суда, Мерленъ, въ заключеніи своемъ по этому дѣлу признавалъ вскрытіе земли, для похищенія схороненныхъ въ ней предметовъ, *взломомъ.*“ Mais l'argumentation plus subtile que solide à laquelle il se livra, замѣчаетъ Нипельсъ, pour justifier cette *singulière* thèse, ne réunit pas les suffrages de la cour de cassation.“ см. *Chauveau et Hélie.* (l. c.) T. 2. № 3356.

тѣхъ хранилищахъ и оторваніе приложенныхъ къ нимъ печатей. Законъ говоритъ только о *замкахъ* и *печатяхъ*. Но слѣдуетъ ли изъ этого, что поврежденіе только этихъ *запоровъ*[1]) должно почитаться взломомъ? Если придерживаться строго правилъ интерпретаціи уголовныхъ законовъ, то поставленный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ утвердительно. Законодатель не позаботился указать, что исчисленные имъ случаи поврежденія запоровъ хранилища приведены лишь въ видѣ примѣровъ, какъ онъ сдѣлалъ это при перечисленіи случаевъ взлома внѣшняго и при обозначеніи хранилищъ, могущихъ быть взломанными. Тѣмъ не менѣе строго буквальная интерпретація въ этомъ случаѣ невозможна. Допустивъ буквальное толкованіе этой части 1647 статьи, практикѣ судебной пришлось бы признавать *простою* кражей массу случаевъ, въ которыхъ несмотря на то, что воромъ и не былъ отбитъ *замокъ* и не оторваны *печати*, взломъ не подлежитъ сомнѣнію, ибо повреждены были орудія, служащія *запоромъ*. Такъ, напримѣръ, при этой системѣ суду пришлось бы не признать кражей со взломомъ, когда воръ, перевернувъ столъ съ запертыми ящиками, сломалъ *полозья*, придерживавшія тѣ ящики, и такимъ образомъ не повреждая замка, добрался до хранившагося въ ящикѣ имущества; или, выдернулъ пробой, также не отбивая замка и т. п. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ практика наша признаетъ кражу со взломомъ, и если она не можетъ твердо опереться на буквальный смыслъ закона, то тѣмъ не менѣе совершенно вѣрно передаетъ духъ его. Недоразумѣнія относительно пониманія этой части 1647 ст. Уложенія кроются, какъ не трудно убѣдиться, въ неудовлетворительной редакціи закона. Въ этомъ отношеніи французское законодательство пользуется болѣе счастливой формулировкой, его устраняющей всякія сомнѣнія относительно примѣненія понятія взлома къ запорамъ хранилища[2]).

---

1) Слово *запоръ* употребляется нами въ смыслѣ всякаго орудія или предмета, приспособленнаго къ прегражденію доступа къ хранилищу.

2) Code pénal, указавъ на то, что взломомъ признается поврежденіе зам-

Обратимся теперь снова къ 1-й части 1647 ст. Уложенія о наказаніяхъ и посмотримъ, что законъ разумѣетъ подъ *домомъ* и *зданіемъ*.

Понятіе дома, какъ мѣста совершенія кражи, въ законодательствахъ западно-европейскихъ имѣетъ свою богатую, точно выработанную юриспруденцію [1]). У насъ судебная практика не задалась тщательнымъ разборомъ этого понятія, вслѣдствіе чего всякое *строеніе*, всякое помѣщеніе, выходящее за предѣлы понятія хранилища въ тѣсномъ смыслѣ, для какихъ бы цѣлей оно не предназначалось, подводится подъ 1-ю часть 1647 ст. Уложенія. Мы не имѣемъ никакихъ основаній осуждать подобный образъ дѣйствія нашей судебной практики: онъ вполнѣ согласенъ съ буквальнымъ смысломъ закона. Законодатель не дѣлаетъ никакихъ различій между зданіемъ или домомъ *обитаемымъ* и *необитаемымъ*; между строеніями къ дому прилегающими и соединенными съ нимъ *общею оградой* и такими принадлежностями домовъ, которыя *ничѣмъ* фактически не соединены съ человѣческимъ жилищемъ; не дѣлаетъ никакого различія между домомъ или зданіемъ и подвижной деревянной базарной лавкой, амбаромъ, сараемъ и тому подобными строеніями, когда они стоятъ особнякомъ и не носятъ на себѣ характера ни постояннаго, ни временнаго пребыванія человѣка. Богатая казуистика иностранной юриспруденціи въ ученіи *объ обитаемомъ домѣ* къ нашему Уложенію не примѣнима, потому что нашъ законодатель, какъ мы уже замѣтили, при обсужденіи случаевъ кражи вовсе не исходилъ изъ тѣхъ основаній, которыя въ этомъ отношеніи издавна усвоены западно-европейскою наукой. Взломъ дома или зданія квалифицируется у насъ вовсе не ради особаго покровительства, даруемаго человѣческому жилищу, а потому что законодатель

ковъ внутреннихъ и висячихъ (serrures et cadenas) при этомъ добавляетъ: *ou autres ustensiles ou instruments servant à fermer ou à empêcher le passage.* (art 393).

1) См. Code pénal artt. 390 — 392 и *Chauveau et Hélie* (l. c.) №№ 3320—3331. *Oppenhoff* (l. c.) §§ 220 — 221.

разсматриваетъ и дома́, и зданія не болѣе какъ простыя *хранилища* имущества. При такой системѣ, конечно, нѣтъ надобности вдаваться во всѣ тѣ тонкости, которыя различаются законодательствами и судебною практикою французскою и германскою.

Законъ, говоря о такъ-называемомъ взломѣ внѣшнемъ, причисляетъ къ нему между прочимъ отбитіе или разбитіе *воротъ* или *наружныхъ дверей*. Подъ воротами и наружными дверьми, какъ видно изъ смысла 1647 ст., слѣдуетъ разумѣть преграды, охраняющіе входъ *съ внѣшней стороны* дома или зданія: входъ съ улицы, площади, поля и т. п. Не должно поэтому почитать *внѣшними* дверьми и воротами, въ смыслѣ ст. 1647, разбитіе или отбитіе воротъ сарая, амбара, погреба и другихъ принадлежностей, *внутри* двора находящихся и составляющихъ принадлежность главнаго зданія. Для совершенія этихъ поврежденій воръ *уже* вошелъ въ домъ или зданіе, слѣдовательно *внѣшняго* взлома онъ не производитъ. На практикѣ подобные случаи не довольно рѣзко отличаются, вслѣдствіе чего нерѣдко случается, что обвиняемаго, учинившаго взломъ уже внутри зданія, въ какой-либо принадлежности его, наказываютъ за взломъ внѣшній.

Поврежденія, описанныя въ 1-й части 1647 ст. должны быть учинены *для входа* въ чужой домъ или зданіе, *съ цѣлью совершить кражу*. Отсюда, не считается кражей со взломомъ, когда воръ, вошедъ въ домъ или зданіе безъ взлома, уже *послѣ* похищенія, при *выходѣ* изъ мѣста совершенія кражи, производитъ взломъ. Въ одномъ случаѣ, воръ воспользовался отворенною дверью и отсутствіемъ хозяина, вошелъ въ домъ, чтобы совершить кражу. Въ то время, когда онъ занятъ былъ укладываніемъ похищаемыхъ вещей, дверь вдругъ была заперта воротившимся хозяиномъ, не подозрѣвавшимъ, что въ его домѣ находится воръ. При такихъ обстоятельствахъ, воръ принужденъ былъ совершить взломъ какъ для собственнаго выхода, такъ и для сокрытія похищеннаго. Понятно, что такіе и имъ подобные случаи не могутъ быть приравнимаемы къ кражѣ со взло-

момъ, въ смыслѣ 1647 ст. Статья эта предполагаетъ взломъ *предшествующимъ* похищенію, а не слѣдующимъ за нимъ.

Въ нашей юридической литературѣ высказано было противоположное мнѣніе, съ которымъ нельзя, однакожь, согласиться, потому что оно противорѣчитъ общимъ понятіямъ о *совершеніи* кражи. По мнѣнію автора *Замѣтокъ по дѣламъ о кражѣ* [1]) „нельзя утверждать, что взломъ непремѣнно долженъ предшествовать кражѣ и что взломъ, совершенный послѣ кражи, не можетъ относиться къ самой кражѣ. Воръ, напримѣръ, могъ войдти въ зданіе чрезъ узкое отверстіе безъ взлома (напр. чрезъ трубу), но совершивъ уже кражу, сдѣлалъ взломъ именно для того, чтобы пронести украденныя вещи (потому, напр., что эти вещи по величинѣ не могли быть унесены чрезъ прежній путь),— *очевидно*, что здѣсь *послѣдующій за кражею* взломъ есть *взломъ для кражи* (!!) и слѣдовательно (?) кража должна быть признана учиненною со взломомъ. Поэтому употребленное въ 1647 ст. выраженіе: *для сего* одинаково можетъ относиться какъ къ взлому предшествующему, такъ и взлому послѣдующему за кражей. И поэтому опредѣлить заранѣе въ законодательствѣ или въ теоріи, къ какому моменту кражи долженъ относиться взломъ *невозможно, да и безполезно*; признаніе кражи въ данномъ случаѣ кражею со взломомъ должно зависѣть отъ опредѣленія суда.“ Нечего распространяться о томъ, сколько въ этихъ словахъ невѣрнаго и неюридическаго. Въ этомъ мѣстѣ должно найдти опроверженіе лишь мнѣніе автора, будто по 1647 ст. „выраженіе: *для сего* одинаково *можетъ* относиться какъ къ взлому предшествующему, такъ и къ взлому послѣдующему за кражей.“ Мнѣніе это ничѣмъ собственно не мотивировано и основывается только на приведенномъ авторомъ примѣрѣ, который, конечно, еще ничего не доказываетъ. Субъективныя чувства обвиняемаго не могутъ служить мѣриломъ для разрѣшенія разсматриваемаго вопроса; поэтому все равно: изъ боязни ли, страха быть пойманнымъ, или для того,

1) См. Ж. М. Ю. 1866 года, октябрь стр. 51.

чтобы унести уже украденное воръ дѣлаетъ взломъ послѣ кражи. Вопросъ состоитъ единственно въ томъ: можно ли опираясь на 1647 ст. Уложенія и на общія начала *о совершеніи* кражи, утверждать, что и послѣдующій за кражею взломъ, есть кража со взломомъ? Очевидно, что послѣднее положеніе уже въ самомъ себѣ заключаетъ логическое противорѣчіе: *послѣдующій за кражею взломъ* никоимъ образомъ не можетъ считаться *кражей со взломомъ*, ибо взломъ послѣдовалъ уже *послѣ* кражи. Въ самомъ дѣлѣ, законъ признаетъ кражу со взломомъ, когда *для сего* сдѣланы описанныя въ 1-й части 1647 ст. поврежденія. Очевидно, что слова: *для сего* замѣняютъ слово „*кражи*“, т.-е. кража тогда почитается учиненной со взломомъ, когда для *совершенія* ея сдѣланы были требуемыя закономъ поврежденія. Отсюда, возникаетъ вопросъ, когда же кража вообще считается *совершенною*? Очевидно, съ того момента, когда воръ *завладѣлъ* вещью, взялъ ее въ свои руки [1]). Для понятія совершенія кражи вовсе не требуется, какъ полагали нѣкоторые, чтобы воръ *снесъ* похищенную вещь въ свое хранилище, къ себѣ на домъ, или даже вынесъ ее изъ мѣста совершенія кражи. Достаточно одного завладѣнія вещью (apprehensio) въ смыслѣ простаго взятія ея къ себѣ въ руки. Основываясь на этихъ соображеніяхъ мы утверждаемъ, что взломъ, совершенный послѣ кражи, для унесенія похищеннаго, не можетъ повлечь за собою послѣдствія, опредѣленныя въ 1647 ст. Уложенія. Начало, нами здѣсь высказываемое, есть прямое слѣдствіе ученія о взломѣ и признается также законодательствами иностранными [2]).

---

1) См. *Wächter,* in Weiske RL. V. стр. 399 — 402; *Berner,* Lehrbuch стр. 312; *Hélie.* (l. c.) стр. 320; *Köstlin* Abhandlungen стр. 246

2) См. *Hélie.* (l. c.) № 3365, который между прочимъ замѣчаетъ: „Au surplus, l'effraction faite *pour sortir de la maison* ne présente ni la même gravité morale, ni les mêmes périls que l'effraction qui a pour but l'introduction; elle ne renferme aucune menace, le vol est consommé; elle n'a d'autre but que d'en garantir les produits; elle ne prérare aucunes violences contre les personnes; ce n'est qu'une sorte de bris pour faciliter l'évasion; le délit n'y puise aucune aggravation.“

Статья 1648 Уложенія приравниваетъ кражѣ съ такъ называемымъ взломомъ внутреннимъ (2 отд. 1647 ст.) одно похищеніе *запертыхъ* сундуковъ, ларцевъ или иныхъ хранилищъ какого-либо движимаго имущества, *хотя и безъ разбитія и поврежденія оныхъ*. Законъ и въ этой статьѣ, какъ уже замѣчено было, не требуетъ, чтобы похищеніе поименованныхъ предметовъ сдѣлано было изъ дома или зданія. Отсюда, одно похищеніе запертаго хранилища, гдѣ бы оно при похищеніи не находилось, уже почитается обстоятельствомъ на много усугубляющимъ виновность подсудимаго. Почему такое особенное покровительство запертымъ хранилищамъ? Чѣмъ этого рода имущества отличаются отъ другихъ, не имѣющихъ форму хранилищъ или помѣщеній? Мотивъ законодателя для насъ остается недоступнымъ. Между тѣмъ при существованіи этого постановленія на практикѣ могутъ встрѣтиться случаи, способные послужить поводомъ къ довольно неправильному обсужденію. Такъ, похищеніе запертаго сундучка ничтожной стоимости съ воза, напримѣръ, влечетъ за собою наказаніе по 2 части 1647 ст., т.-е. по 4 степени 31 ст. и разсматривается въ окружномъ судѣ при участіи присяжныхъ засѣдателей, а похищеніе самаго воза съ лошадью вмѣстѣ съ сундучкомъ, когда стоимость или не превышаетъ 300 р. (что почти постоянно случается) влечетъ за собою лишь тюремное заключеніе не свыше 1 года и подлежитъ сужденію мироваго судьи.

Не свидѣтельствуетъ ли приведенный нами примѣръ, что разсматриваемая часть ст. 1648 ст., обнаруживая чрезмѣрную и ничѣмъ невызванную строгость, нуждается въ коренномъ пересмотрѣ и измѣненіи? Не подтверждаетъ ли онъ самымъ очевиднымъ образомъ положеніе, высказанное нами въ началѣ нашего изслѣдованія, что при заимствованіи изъ иностранныхъ кодексовъ системы квалификаціи кражи, составители Уложенія не обратили надлежащаго вниманія на значеніе и примѣненіе этой системы въ государствахъ, откуда она была перенесена къ намъ?

Въ самомъ дѣлѣ, каковъ смыслъ закона, приравнивающаго похищеніе запертыхъ хранилищъ *изъ домовъ и зданій* кражѣ

со взломомъ? „C'est que le législateur n'a pas voulu que la condition de l'agent fût différente par cela seul qu'il aurait commis l'effraction hors de la maison, en emportant le meuble, plutôt que dans la maison; c'est que la criminalité de l'action est la même dans les deux hypothèses, puisque le voleur n'est pas arrêté par le moyen de défense que lui oppose la fermeture du meuble; c'est enfin que, le meuble *étant enlevé d'un lieu habité ou d'un enclos*, la difference du lieu de son ouverture n'influe d'aucune manière sur la gravité morale de l'action.“ [1])

Итакъ, законъ и судебная практика Франціи, откуда по всей вѣроятности заимствована 1648 ст. Уложенія, даютъ разумное основаніе приравненія похищенія запертыхъ хранилищъ кражѣ со взломомъ. Похищеніе это предполагается совершеннымъ въ домѣ или зданіи, а такъ какъ мѣсто это пользуется особымъ покровительствомъ, то является совершенно безразличнымъ для тяжести разсматриваемаго преступленія, совершенъ ли былъ взломъ хранилища еще при нахожденіи вора въ домѣ или внѣ онаго. Законодатель хотѣлъ уничтожить эту, въ самомъ дѣлѣ, не существенную разницу въ виновности двухъ подсудимыхъ, и этимъ объясняется происхожденіе 2 части 396 ст. Code pénal. Ничего подобнато не требуется у насъ: для понятія взлома, какъ неоднократно объяснено было, вовсе не нужно, чтобы онъ совершенъ былъ въ домѣ, поэтому приравниваніе простаго похищенія запертыхъ хранилищъ кражѣ со взломомъ, является несогласнымъ съ общими началами ученія объ этомъ обстоятельствѣ.

Разсмотрѣніемъ этого вопроса собственно заканчивается ученіе о нашемъ предметѣ. Въ теченіи нашего изслѣдованія мы старались выяснить юридическое значеніе взлома, какъ обстоятельства увеличивающаго преступность кражи. При этомъ необходимо было познакомиться съ богатою казуистикою ученія объ этомъ предметѣ. Мы не можемъ утверждать, чтобы въ статьѣ нашей исчерпаны были всѣ

[1]) *Hélie* l. c. T. 1. № 3369.

вопросы, встрѣчающіеся въ практикѣ судебной; но тѣмъ не менѣе думаемъ, что разсмотрѣнныя нами стороны предмета могутъ служить облегченіемъ при дальнѣйшемъ развитіи ученія о кражѣ со взломомъ. Хотя по 1648 ст. Улож. этой кражѣ приравниваются еще и тѣ случаи, когда похищеніе совершено было посредствомъ поддѣльныхъ или подобранныхъ или украденныхъ ключей, или же крючьевъ, гвоздей или иныхъ какого-либо рода орудій, но подробное изученіе этой части упомянутой статьи никоимъ образомъ не можетъ войдти въ составъ нашего ученія, а должно составить предметъ особаго изслѣдованія.

С. Шайкевичъ.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА.

I.

Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 5-го іюня 1867 г. *въ разъясненіе статьи 1355-й 1-й части X-го тома.*

Государственный Совѣтъ, въ Соединенныхъ Департаментахъ гражданскихъ и духовныхъ дѣлъ и законовъ и въ Общемъ Собраніи, разсмотрѣвъ, по высочайшему Его Императорскаго Величества повелѣнію, послѣдовавшему по представленію Коммиссіи Прошеній, опредѣленіе Общаго Собранія Московскихъ Департаментовъ Правительствующаго Сената по дѣлу о выкупѣ женою ст. сов. К—ю родоваго имѣнія, проданнаго братомъ ея, Ч—мъ, кол. асс. Б—ну, нашелъ, что въ дѣлѣ этомъ подлежитъ разрѣшенію слѣдующій вопросъ: имѣетъ ли К—ва право выкупить проданное Б—ну имѣніе, не получивъ на это письменнаго дозволенія отъ дѣтей Петра Ч—ва, роднаго брата продавца имѣнія?

При разрѣшеніи сего вопроса, Государственный Совѣтъ принялъ на видъ, что, на точномъ основаніи закона, право выкупа принадлежитъ кровнымъ родственникамъ, которые продавцу имѣнія суть ближайшіе наслѣдники и переходитъ отъ ближнихъ родственниковъ къ дальнимъ сосласно съ правилами законнаго наслѣдованія, по линіямъ и степенямъ (ст. 1.355 т. X, ч. 1-й).

Смыслъ этого постановленія указываетъ на близкую аналогію допускаемаго у насъ выкупа родовыхъ имуществъ съ установленнымъ въ законахъ порядкомъ наслѣдованія, аналогію, составляющую характерическую черту всего нашего законодательства о выкупѣ. Какъ по узаконеніямъ о наслѣдствѣ, такъ и по узаконеніямъ о выкупѣ, право на непосредственное пріобрѣтеніе имущества считается достояніемъ не цѣлаго рода, а лишь извѣстныхъ въ семъ родѣ лицъ, именно тѣхъ, которыя, по уста-

новленнымъ линіямъ и степенямъ, оказываются ближайшими къ первоначальному собственнику. Если примѣнить къ настоящему случаю законы о наслѣдствѣ, то, на основаніи ст. 1137-й т. X ч. 1-й, ближайшими наслѣдниками продавцу имѣнія Никиты Ч—ва, представляются родные братья его, Владиміръ и Петръ, а за смертію сего послѣдняго, оставшіеся послѣ него дѣти; сестра же ихъ, К—ва, за силою ст. 1.135, не только не можетъ пользоваться въ семъ отношеніи правами, равными съ своими братьями, но, при жизни ихъ или ихъ дѣтей, не имѣетъ вовсе права наслѣдовать въ имѣніи Никиты Ч—ва.

Такимъ образомъ, по смыслу приведеннаго выше закона, предоставляющаго право выкупа ближайшимъ наслѣдникамъ, право это, по отношенію къ проданному Ч—мъ имѣнію, принадлежало брату его Владиміру и дѣтямъ другаго его брата, Петра. Всѣ эти лица могли пользоваться означеннымъ правомъ въ равной степени. Затѣмъ къ сестрѣ продавца, К—вой, право выкупа могло перейти лишь: 1) въ случаѣ смерти ближайшихъ наслѣдниковъ и 2) въ случаѣ отреченія ихъ отъ принадлежащаго имъ права. Очевидно, что въ первомъ случаѣ К—ва могла бы воспользоваться означеннымъ правомъ только еслибъ всѣ предъ нею стоящіе наслѣдники продавца умерли; подобно сему и во второмъ случаѣ необходимо отреченіе не одного лишь и не нѣсколькихъ, а всѣхъ, болѣе, чѣмъ она, близкихъ наслѣдниковъ. Отреченіемъ же законъ положительно признаетъ не одно молчаніе, а именно выдачу особаго письменнаго о томъ документа, называемаго позволительнымъ письмомъ. Это прямо и ясно выражается въ ст. 1.357 т. X (ч. 1-й) и несомнѣнно слѣдуетъ изъ смысла всѣхъ указовъ, послужившихъ основаніемъ нынѣ дѣйствующихъ статей Свода о выкупѣ. Между тѣмъ изъ дѣла видно, что К—ва получила письменно дозволеніе на выкупъ отъ одного только брата Владиміра, отъ дѣтей же брата Петра таковаго не представила, а потому нельзя не признать, что право выкупа проданнаго Б—ну имѣнія осталось за сими послѣдними и что слѣдовательно ходатайство К—вой о предоставленіи ей сего права не можетъ подлежать удовлетворенію.

Хотя въ ст. 1.359 т. X-й ч. 1-й постановлено, что каждый изъ родственниковъ, равно близкихъ къ продавцу, имѣетъ право на выкупъ всего имѣнія, но въ постановленіи этомъ нѣтъ никакого указанія на то, чтобъ означенное право могло быть передаваемо по произволу одного изъ сихъ родственниковъ безъ положительно выраженнаго согласія всѣхъ прочихъ лицу, стоящему, въ порядкѣ наслѣдованія, на дальнѣйшей степени. Выводить законность такой передачи изъ смысла статьи 1.359-й невозможно. Статья эта, напротивъ, свидѣтельствуетъ, что право выкупа принадле-

житъ всѣмъ лицамъ, состоящимъ въ одинаковой степени родства съ продавцомъ, а слѣдовательно можетъ и перейти къ дальнимъ родственникамъ не иначе какъ съ согласія всѣхъ означенныхъ лицъ. Допущеніе противнаго сему толкованія было бы равносильно признанію, что изъ нѣсколькихъ лицъ, пользующихся извѣстнымъ правомъ совершенно въ равной степени, одно можетъ произвольно лишить этого права всѣхъ прочихъ.

Обстоятельство, что Б—нъ первоначально не возражалъ противъ выкупа пріобрѣтеннаго имъ отъ Ч—ва имѣнія, не представляетъ основанія къ признанію, чтобы со стороны его изъявлено было согласіе на совершеніе выкупа именно К—ю, такъ какъ изъ отзыва его видно, что узнавъ о желаніи К—й выкупить упомянутое имѣніе, онъ просилъ только С—кую Гражданскую Палату, при представленіи „наслѣдниками“ Ч—ва (но не К—вою) выкупныхъ денегъ, потребовать отъ нихъ 8.127 руб. 65 коп.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ, не считая возможнымъ предоставить К—вой право выкупа имѣнія, проданнаго Б—ну, и за оставленіемъ этого имѣнія во владѣніи Б—на, не усматривая повода входить въ обсужденіе распоряженій С—хъ Гражданской Палаты и Приказа Общественнаго Призрѣнія по предмету залога Б—мъ купленнаго имъ имѣнія, Государственный Совѣтъ *мнѣніемъ положилъ*: имѣніе, проданное Никитою Ч—мъ Б—ну, оставить во владѣніи сего послѣдняго.

II.

Рѣшеніе Московскаго Окружнаго Суда *по вопросу объ отвѣтственности г. Павлова за долгъ своего отца вслѣдствіе принятія имъ на себя права послѣдняго на изданіе „Русскихъ Вѣдомостей.“*

1867 года мая 8-го дня, по указу Его Императорскаго Величества, московскій окружный судъ, по V-му отдѣленію, въ публичномъ засѣданіи, въ составѣ членовъ: В. И. Веселовскаго и Н. Н. Коптева, подъ предсѣдательствомъ товарища предсѣдателя П. И. Ѳедоренко, слушалъ прошеніе вдовы титулярнаго совѣтника Александры Васильевны Кирѣевой о взысканіи съ коллежскаго секретаря Ипполита Николаевича Павлова по заемному письму 3,725 руб. Обстоятельства дѣла: вдова титулярнаго совѣтника Александра Васильевна Кирѣева, представляя крѣпостное заемное письмо въ 3,000 р., выданное 22-го апрѣля 1846 года нынѣ умершимъ титулярнымъ совѣтникомъ Николаемъ Филиповичемъ Павловымъ, проситъ взыскать, за произведенными разновременно уплатами, остальныхъ капитальной сум-

мы и процентовъ, всего 3,725 руб., съ наслѣдника должника коллежскаго секретаря Ипполита Николаевича Павлова. При состязаніи сторонъ повѣренный г-жи Кирѣевой кандидатъ правъ Заринъ, представляя №№ газеты „Русскія Вѣдомости", отъ 30-го марта 1864 года, первый по смерти издателя Н. Ф. Павлова, подписанный однимъ редакторомъ Скворцовымъ и отъ 1-го января 1865 года, подписанный издателемъ И. Н. Павловымъ и, ссылаясь на ст. 1261 и 1259 X т. и 16, 282 и 283 XIV т., объяснилъ, что И. Н. Павловъ, принявъ на себя изданіе „Русскихъ Вѣдомостей" вмѣстѣ съ типографіей, подписными деньгами до 30,000 руб. и другими принадлежностями, тѣмъ самымъ вступилъ въ права наслѣдства по смерти покойнаго своего отца; но, воспользовавшись доходами *„въ личную свою собственность"* и, уступивъ потомъ типографію, конечно, не безвозмездно, г. Скворцову, отказывается отъ уплаты по долговымъ обязательствамъ своего отца, ссылаясь на то, что онъ отказался отъ наслѣдства. Между тѣмъ изданіе газеты, особенно такъ распространенной, какъ „Русскія Вѣдомости," есть также имущество и, несомнѣнно, составляетъ собственность, которая можетъ-быть предметомъ пользованія, что подтверждается ст. 1185 X т. и 282 и 283-ю XIV-го, а также многочисленными примѣрами продажи и покупки права на изданіе, напр. „Библіотеки для чтенія" Сенковскимъ Печаткину, „Отечественныхъ Записокъ" наслѣдниками Свиньина Краевскому. При этомъ цѣнность періодическаго органа можетъ быть весьма значительна, что доказывается размѣрами арендной платы, платимой напр. Московскому Университету М. Н. Катковымъ. При невозможности отрицать это положеніе, необходимо признать г. Павлова принявшимъ наслѣдство послѣ покойнаго его отца и, слѣдственно, обязаннымъ къ удовлетворенію его долговъ. Съ своей стороны г. Павловъ, предъявляя отводъ на основ. 3 п. 571 ст. Уст. Гр. Суд., представилъ суду слѣдующіе документы: А) мировое соглашеніе двѣнадцати кредиторовъ Н. Ф. Павлова, подписанное между прочими и г-ю Кирѣевою, слѣдующаго содержанія: „послѣ покойнаго отца моего Н. Ф. Павлова осталось до 45,000 р. долга и движимое имущество, цѣнность котораго едва ли простирается до 1,000 р. Средствомъ къ уплатѣ долговъ можетъ служить только газета „Русскія Вѣдомости," которую отецъ мой издавалъ и которая, какъ литературная собственность, по нашимъ законамъ, не можетъ перейдти во владѣніе кредиторовъ. Желая однако принять на себя исполненіе обязательствъ, заключенныхъ отцомъ моимъ, я имѣю намѣреніе просить правительство объ утвержденіи за мною права на изданіе „Русскихъ Вѣдомостей," но считаю возможнымъ это сдѣлать лишь въ томъ слу-

чаѣ, если гг. кредиторы изъявятъ свое согласіе на слѣдующія условія, которыя одни дадутъ мнѣ возможность устроить дѣла отца моего и уплатить всѣ оставшіеся послѣ него долги: 1) Если правительство утвердитъ меня, Павлова, издателемъ газеты „Русскихъ Вѣдомостей," то я обязуюсь съ 1-го января 1865 г. половину чистаго дохода отъ изданія обращать на удовлетвореніе ихъ кредиторовъ; 2) Если правительство не утвердитъ меня, Павлова, издателемъ „Русскихъ Вѣдомостей," или, если бы я сверхъ всякаго ожиданія, почему либо, нашелся вынужденнымъ *прекратить* это изданіе, не извлекая изъ этого для себя никакихъ выгодъ и преимуществъ, то вмѣстѣ съ тѣмъ, должны прекратиться и всякія обязательства съ моей стороны относительно кредиторовъ покойнаго отца моего, которые въ этомъ случаѣ уже не будутъ имѣть права подвергать меня какимъ-либо особымъ взысканіямъ и 3) Если гг. кредиторы изъявятъ согласіе на изложенныя условія, то заключить объ этомъ законный актъ и явить, гдѣ слѣдуетъ." В) Сообщеніе Московск. цензурн. комитета отъ 22-го мая 1864 года о дозволеніи г. И. Н. Павлову продолжать изданіе „Русскихъ Вѣдомостей" на томъ, между прочимъ, условіи, чтобы уплачено было 6,505 р. 30¾ к.—долгъ, лежащій на изданіи за телеграмы. С) Условіе, заключенное нотаріальнымъ порядкомъ, 31-го января 1865 года, г. Павловымъ и кредиторами, которое разнится отъ перваго мироваго соглашенія слѣдующими чертами: въ 3 п. прибавлено: „не даемъ себѣ (кредиторы) права преслѣдовать г. Павлова, если бы онъ *отстранилъ* себя отъ изданія „Русскихъ Вѣдомостей", и если бы, по распоряженію правительства или другимъ причинамъ я, Павловъ, нашелся бы въ необходимости *прекратить* изданіе „Русскихъ Вѣдомостей," не извлекая изъ этого для себя никакихъ выгодъ и преимуществъ, или *отстранить* себя отъ изданія, буде изданіе это не станетъ приносить никакого чистаго дохода, то вмѣстѣ съ тѣмъ должны прекратиться и обязательства"... За тѣмъ внесенъ новый пунктъ: „Условіе это не должно считаться сдѣлкою, какая узаконена для заимодавцевъ и должниковъ, такъ какъ долги отца моего нисколько меня не касаются; также не должно считать за обязательство, какъ наслѣдника, ибо я не принималъ и не желаю вступить въ наслѣдство послѣ покойнаго отца моего, но это условіе есть новое добровольное обязательство, относящееся только до поименованныхъ въ ономъ лицъ и нисколько не должно ставить меня, Павлова, въ отвѣтственность предъ другими кредиторами." Это условіе подписано лишь семью изъ двѣнадцати подписавшихъ первое мировое соглашеніе кредиторовъ, съ долговыми претензіями лишь на сумму 20,522 руб.; въ числѣ ихъ нѣтъ подписи г-жи Кирѣе-

вой. D) Постановленіе 2-го департамента московскаго надворнаго суда 18-го февраля 1865 года о формальномъ отреченіи коллежскаго секретаря И. Н. Павлова отъ правъ наслѣдованія послѣ отца его Н. Ф. Павлова и E) нотаріальное условіе 22-го августа 1866 года, заключенное И. Н. Павловымъ и редакторомъ газеты „Русскія Вѣдомости“ г. Скворцовымъ о слѣдующемъ: 1) я, Павловъ, убѣдившись въ прошломъ году, что изданіе „Русскихъ Вѣдомостей“ не приноситъ мнѣ никакого чистаго дохода, но даже убытки, передаю право этого изданія и типографію при оной цѣною въ 5000 руб. въ полную и безотчетную собственность г. Скворцова, не извлекая для себя, Павлова, изъ этой передачи никакихъ выгодъ и 2) я, Скворцовъ, со дня надлежащаго утвержденія сего условія, принимая право изданія „Русскихъ Вѣдомостей“ и типографію, обязываюсь за свой счетъ уплачивать всѣ издержки по изданію и казенные долги, числящіеся на этой газетѣ и впредь могущія случиться требованія, не привлекая его, Павлова, ни къ какой по сему предмету отвѣтственности. Въ своей рѣчи г. Павловъ въ отношеніи ряда этихъ документовъ объяснилъ, что послѣ смерти отца изданіемъ „Русскихъ Вѣдомостей“ временно завѣдывалъ одинъ изъ сотрудниковъ г. Скворцовъ. Дѣла послѣ смерти отца остались въ крайне запутанномъ положеніи; его движимаго имущества далеко не хватило на покрытіе даже части долговъ, которыхъ было ему извѣстно до 45,000 руб. Уважая память отца и считая возможнымъ уплатить долги его лишь единственно продолженіемъ изданія „Русскихъ Вѣдомостей,“ онъ могъ рѣшиться на ходатайство о томъ лишь при предварительномъ согласіи на то всѣхъ наличныхъ и ему извѣстныхъ кредиторовъ и что типографію, уступленную имъ г. Скворцову безвозмездно, онъ пріобрѣлъ покупкою съ публичныхъ торговъ, а не принялъ въ наслѣдство; деньги же подписчиковъ, принятыя имъ съ изданіемъ, составляли долгъ подписчикамъ и, при разстроенномъ положеніи дѣлъ газеты, всѣ тратились на расходы изданія. За тѣмъ, обращаясь къ существеннымъ вопросамъ дѣла, г. Павловъ возражалъ: наслѣдства послѣ смерти своего отца, послѣдовавшей 28-го марта 1864 года, онъ не принималъ, и даже отрекся отъ него формально въ началѣ слѣдующаго года. Изданіе „Русскихъ Вѣдомостей“ принято было имъ на себя не какъ наслѣдство, но какъ право, лично ему предоставленное разрѣшеніемъ правительства. Право на изданіе газеты, предоставленное правительствомъ въ видахъ личнаго довѣрія, будучи собственностію лица, не можетъ-быть предметомъ наслѣдованія; иначе, испрашиваніе особаго правительственнаго разрѣшенія для каждаго лица, хотя бы и наслѣдника издателя той же газеты, было бы из-

лишне и не требовалось бы по закону, или, съ другой стороны, всякое постороннее умершему издателю лицо, принявшее на себя его изданіе, должно было бы считаться наслѣдникомъ покойнаго и принять лежавшія на немъ обязательства. Г. Гиляровъ Платоновъ прежде его Павлова хотѣлъ продолжать изданіе „Русскихъ Вѣдомостей“ и, конечно, имѣлъ въ виду тѣ же условія. Не считая по этому принятіе на себя изданія вступленіемъ въ наслѣдство, онъ, Павловъ, принялъ его какъ лишь средство исполненія заключенныхъ его отцомъ долговыхъ обязательствъ, совершенно добровольно и, предварительно ходатайства о разрѣшеніи, заключилъ съ кредиторами отца, въ томъ числѣ и съ г-жею Кирѣевою, условіе, по которому отклонялъ отъ себя дальнѣйшую отвѣтственность въ случаѣ *прекращенія* или *устраненія* себя отъ изданія газеты, какъ не связанныхъ для него ни съ какими выгодами. Первое условіе составлено домашнимъ порядкомъ; всѣ кредиторы, въ томъ числѣ и г-жа Кирѣева, подписали его и обязались составить законный актъ, что и было сдѣлано 31-го января 1865 г., но г-жа Кирѣева отказалась подписать его, предложивъ чрезъ г. Зарина другія условія, на которыя онъ, съ своей стороны, не могъ согласиться. Подпись Кирѣевой на первомъ условіи съ подписями втораго условія и послужила единственною причиною принятія имъ на себя изданія. Согласіе это должно считаться обязательнымъ для г-жи Кирѣевой въ отношеніи отвѣтственности его, Павлова, за долгъ его отца. *Отстраненіе* отъ изданія газеты послѣдовало по невыгодности предпріятія, безъ извлеченій какой либо выгоды, что доказывается условіемъ съ г. Скворцовымъ, которымъ уступалось личное, но не унаслѣдованное право. Выслушавъ объясненія сторонъ и разсмотрѣвъ представленные документы, окружный судъ находитъ, что въ данномъ случаѣ подлежатъ разсмотрѣнію два существенные вопроса: во 1-хъ, о значеніи права на изданіе повременнаго органа, какъ права имущественнаго, и во 2-хъ, о силѣ обязательности мироваго соглашенія между гг. Кирѣевой и Павловымъ. Въ отношеніи *перваго вопроса* судъ находитъ, что право на повременное изданіе относится къ правамъ литературной собственности. Послѣднее, какъ видъ собственности вообще, слѣдуетъ общимъ о ней законамъ. Въ Уст. Ценз. 280—290 и 1185 ст. X т. изложены только исключительныя, вызванныя особыми свойствами этого права, узаконенія, а именно мѣры охраненія и срочность пользованія правомъ литературной собственности. Ст. 291 Ценз. Уст. опредѣляетъ права издателей повременнаго органа лишь въ отношеніи перепечатки пріобрѣтенныхъ ими произведеній. Недостатокъ другихъ спеціальныхъ узаконеній въ отношеніи права ли-

тературной собственности объясняется лишь тѣмъ, что издательская дѣятельность вообще и журнально-издательская въ частности, представляясь основанными отчасти на тѣхъ же экономическихъ началахъ, какъ и всякое другое промышленно-спекулятивное предпріятіе, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ подчиняются общимъ узаконеніямъ. Матеріальный успѣхъ повременнаго изданія, какъ и всякаго другаго предпріятія, завися наравнѣ съ послѣдними, отъ различныхъ случайностей, предполагается обезпеченнымъ различными имущественными и личными средствами, находящимися въ распоряженіи собственника изданія. Сумма этихъ средствъ условливаетъ собою извѣстную цѣнность права изданія, уступка котораго за извѣстное вознагражденіе представляется нерѣдкимъ явленіемъ въ русскомъ книжномъ дѣлѣ и явленіемъ обычнымъ за границей, гдѣ повременная пресса составляетъ предметъ обширныхъ спекулятивныхъ предпріятій. Это значеніе цѣнности за правомъ изданія „Русскихъ Вѣдомостей“ сознано на судѣ и самимъ отвѣтчикомъ, объяснявшимъ, что продолженіе изданія было единственнымъ, по его предположенію, средствомъ удовлетворенія весьма значительныхъ долговыхъ претензій кредиторовъ, сознано и кредиторами, согласившимися именно на этотъ, а не на другой способъ уплаты. Что касается до объясненія отвѣтчика, что право изданія, будучи поставлено въ зависимость отъ правительственнаго утвержденія, составляетъ исключительную собственность лица; то оно устраняется тѣмъ, что правительственное разрѣшеніе составляетъ извѣстнаго рода формальность, установленную для издателя, какъ лица отвѣтственнаго, причемъ передача права изданія правительствомъ отъ одного лица другому ограничивается собственно дозволеніемъ этому послѣднему изданія, съ тождественнымъ лишь названіемъ и программою, и не касается нисколько матеріяльныхъ и другихъ средствъ, находящихся въ распоряженіи прежняго издателя, уступка которыхъ, какъ и всякихъ другихъ предметовъ имущественнаго права, можетъ быть произведена лишь на общемъ основаніи. Въ противномъ случаѣ, при отсутствіи соглашенія о такой уступкѣ, за прекращеніемъ права для извѣстнаго лица на изданіе, должна слѣдовать ликвидація дѣлъ этого изданія какъ и всякаго другаго промышленнаго предпріятія. Въ виду вышеизложеннаго нельзя, не признать, что г. Павловъ, хотя и отказался формально отъ вступленія въ наслѣдство движимымъ имуществомъ своего отца, но, принявъ на себя продолженіе изданія „Русскихъ Вѣдомостей“ съ оборотнымъ капиталомъ и другими средствами, за исключеніемъ лишь типографіи, долженъ быть, въ виду 1261 ст. X т., признанъ вступившимъ въ права наслѣдства послѣ покойнаго своего от-

ца. *По второму вопросу*, судъ находитъ: г. Павловъ объясняетъ, что, предполагая уплатить долги отца доходами отъ изданія „Русскихъ Вѣдомостей“, онъ могъ принять на себя изданіе не иначе, какъ по согласію на данныя условія *всѣхъ извѣстныхъ ему наличныхъ* кредиторовъ. Вслѣдствіе этого подписано было мировое соглашеніе двѣнадцатью кредиторами, между коими была и г-жа Кирѣева. Мировымъ соглашеніемъ предположено было заключеніе формальнаго акта, отъ подписи котораго уклонилась впослѣдствіи г-жа Кирѣева, между тѣмъ какъ этимъ актомъ, по смыслу заявленія г. Павлова, и условливалась зависимость его ходатайствовать о предоставленіи ему права на продолженіе изданія. Безспорно, мировое соглашеніе могло считаться обязательнымъ для г-жи Кирѣевой, но, съ другой стороны, самъ г. Павловъ является нарушившимъ его силу цѣлымъ рядомъ послѣдующихъ своихъ дѣйствій. Принявъ на себя изданіе при условіи, подписанномъ изъ двѣнадцати кредиторовъ лишь семью, представляющими сумму долговыхъ претензій изъ извѣстныхъ ему 45,000 руб. лишь на 20,000 руб., въ силу своего заявленія, г. Павловъ тѣмъ самымъ долженъ былъ принять на себя и всѣ вытекавшія для него отсюда послѣдствія. За тѣмъ формальное условіе, установляя раздѣлъ доходовъ отъ изданія лишь между лицами подписавшими это условіе, т. е. только *семью* кредиторами изъ *двѣнадцати*, тѣмъ самымъ устраняло отъ участія въ выгодахъ всѣхъ другихъ лицъ, подписавшихъ первое мировое соглашеніе, въ томъ числѣ и г-жу Кирѣеву. Это исключеніе давало послѣдней, при обязательности для нея мироваго соглашенія, полное право на особый искъ о допущеніи ея къ участію въ тѣхъ выгодахъ. Но далѣе въ мировомъ соглашеніи г. Павловъ оставляетъ за собой лишь право *прекращенія изданія*; въ условіи же и право *устраненія отъ изданія*. Такимъ образомъ, въ обоихъ случаяхъ ему не было предоставлено со стороны кредиторовъ *право передачи изданія* другому лицу, что, конечно не представляется тождественнымъ. *Прекращеніемъ* изданія вызывалась ликвидація дѣлъ по изданію; *устраненіемъ* отъ изданія, послѣднее могло быть предоставлено, въ виду условій 268 ст. Уст. Ценз., въ распоряженіе кредиторовъ. *Передача же* изданія, хотя бы и безвозмездная, такъ какъ безвозмездность въ имущественныхъ сдѣлкахъ зависитъ вполнѣ отъ свободной воли лица, не выговоренная ни въ мировомъ соглашеніи, ни, даже, въ формальномъ условіи, должна соединиться для г. Павлова со всѣми послѣдствіями нарушенія принятыхъ имъ на себя обязательствъ и тѣмъ самымъ даетъ г-жѣ Кирѣевой право открыть къ г. Павлову искъ въ первоначальномъ его составѣ. Что же касается до особыхъ условій, внесенныхъ

въ договоры между г. Павловымъ съ одной стороны и кредиторами и г. Скворцовымъ съ другой стороны, придающихъ особый исключительный характеръ обязательствамъ, принимаемымъ на себя г. Павловымъ, то эти условія имѣютъ значеніе и силу лишь для лицъ, вступившихъ въ договоръ и могутъ быть не признаваемы третьимъ лицомъ. Принимая во вниманіе все вышеизложенное и находя, что г. Павловъ, принявъ на себя принадлежавшее его отцу изданіе газеты „Русскія Вѣдомости," тѣмъ самымъ принялъ на себя, какъ вступившій въ права наслѣдства, и всѣ послѣдствія, соединенныя съ этимъ принятіемъ; что мировое соглашеніе г. Павлова съ г-жею Кирѣевою, опредѣлявшее способы удовлетворенія между прочимъ и ея долговой претензіи, въ полномъ своемъ составѣ нарушено самимъ г. Павловымъ, и что, наконецъ, г. Павловымъ не заявлено спора противъ долговаго разчета кредитора по предъявленному документу, окружный судъ, на основаніи 1259 ст. X т. и 457 и 868 ст. Уст. Гр. Суд., по большинству голосовъ опредѣляетъ: Взыскать съ г. Павлова въ пользу г-жи Кирѣевой три тысячи семьсотъ двадцать пять руб., обративъ на него взысканіе и судебныхъ издержекъ по дѣлу.

III.

Рѣшеніе Московскаго Окружнаго Суда *по вопросу о совмѣстности правъ опекуна и душеприкащиковъ въ отношеніи къ личности и имуществу малолѣтней Дмитріевой.*

1867 года мая 20 дня, по указу его Императорскаго Величества, московскій окружный судъ, по VI отдѣленію, въ публичномъ засѣданіи, открытомъ подъ предсѣдательствомъ товарища предсѣдателя Э. Н. Сумбула, въ составѣ членовъ суда: М. И. Коваленскаго, А. В. Панпна и Н. Н. Загоскина и при участіп товарища прокурора Н. Н. Павлова, слушалъ дѣло по прошенію опекуна сироты Елизаветы Дмитріевой, коллежскаго ассессора Петра Акимовича Краснова объ истребованіи отъ душеприкащиковъ почетной гражданки Елизаветы Ильиничны Филатовой, почетныхъ гражданъ: Козьмы Терентьевича Солдатенкова и Виктора Ивановича Четверикова духовнаго завѣщанія ея, Филатовой, и измѣненіи онаго. Обстоятельства дѣла: потомственная почетная гражданка, вдова Елизавета Ильина Филатова, умершая 30-го іюля 1865 года, оставила послѣ себя духовное завѣщаніе, хранившееся въ московскомъ опекунскомъ совѣтѣ. Первымъ пунктомъ этого завѣщанія Филатова предоставила назначеннымъ ей душеприкащикамъ почетнымъ гражданамъ: Козьмѣ Терентьевичу Солдатенкову и Виктору Ивановичу Четверикову,

по смерти ея, принять въ полное и безотчетное свое распоряженіе движимое ея имущество, а равно должные капиталы, въ чемъ бы оные ни заключались, и откуда бы ей ни слѣдовали, не допуская полиціи къ описи и опечатанію имущества. Вторымъ пунктомъ Филатова ввѣрила попеченію душеприкащиковъ воспитанницу свою Елизавету, по крестномъ отцѣ Дмитріеву, отъ роду трехъ лѣтъ и десяти мѣсяцевъ, которую она назначаетъ единственною по себѣ наслѣдницею, не учреждая надъ ней опеки. Въ третьемъ пунктѣ Филатова просила душеприкащиковъ воспитанницу ея Елизавету воспитывать у себя дома до достиженія ею такого возраста, когда можно будетъ помѣстить ее въ одно изъ женскихъ учебныхъ заведеній, какое они душеприкащики признаютъ лучшимъ, и вообще дать ей образованіе, доставляя ей во все это время приличное содержаніе, сообразно средствамъ, какія они душеприкащики будутъ имѣть изъ всего имущества, имѣющаго по смерти Филатовой остаться и поступить въ ихъ распоряженіе. Четвертымъ пунктомъ Филатова просила душеприкащиковъ, все что останется отъ воспитанія, обученія и содержанія воспитанницы Елизаветы Дмитріевой выдать ей Елизаветѣ по достиженіи ею 25-тилѣтняго возраста, съ тѣмъ, что она, при полученіи всего ей слѣдующаго, не имѣетъ права требовать отъ душеприкащиковъ никакого отчета, ибо она, завѣщательница, предоставляетъ имъ дѣйствовать безотчетно, по собственному ихъ усмотрѣнію, какъ имъ велитъ ихъ честь и совѣсть; въ случаѣ же, если Елизавета Дмитріева выйдетъ замужъ съ согласія душеприкащиковъ ранѣе 25 лѣтъ, то тотчасъ выдать ей половину завѣщаннаго ей капитала, а другую половину при вступленіи въ 25-ти лѣтній возрастъ, если же Елизавета Дмитріева будетъ находиться въ замужествѣ и имѣть дѣтей, и умретъ ранѣе 25-тилѣтняго возраста, то наличный капиталъ, который будетъ находиться въ распоряженіи душеприкащиковъ, Филатова просила предоставить однимъ только дѣтямъ отъ Елизаветы, по ихъ усмотрѣнію, какъ они найдутъ это полезнымъ, также безъ всякаго съ ихъ стороны, кому бы то ни было, отчета. Въ пятомъ пунктѣ Филатова просила душеприкащиковъ, въ случаѣ смерти Елизаветы Дмитріевой, прежде замужества, или по замужествѣ, прежде достиженія 25-тилѣтняго возраста, бездѣтно, одну половину изъ всего полученнаго ими по смерти Филатовой имущества ея, какое въ то время у нихъ будетъ находиться за сдѣланными расходами, отдать роднымъ братьямъ и сестрамъ Филатовой по равной части, съ тѣмъ, что они, также какъ и Елизавета Дмитріева, не должны требовать никакого отчета отъ душеприкащиковъ, а другую половину означеннаго въ этомъ пунктѣ имущества употребить на учреж-

деніе вѣчной стипендіи въ одномъ изъ учебныхъ женскихъ заведеній для воспитанія стольких круглыхъ сиротъ, сколько окажется возможнымъ по суммѣ процентовъ со стоимости имущества. Шестымъ пунктомъ, для разрѣшенія могущихъ возникнуть между душеприкащиками Солдатенковымъ и Четвериковымъ споровъ, Филатова предоставила имъ избрать, по взаимному согласію, одного посредника, а седьмымъ пунктомъ, на случай смерти душеприкащиковъ Солдатенкова и Четверикова, предоставила каждому изъ нихъ право поручить исполненіе этого завѣщанія кому заблагоразсудятъ и кого признаютъ благонадежнымъ, съ тѣми же правами, какія она Филатова предоставляетъ имъ Солдатенкову и Четверикову. Въ десятомъ пунктѣ Филатова объяснила, что цѣнность имѣющаго остаться послѣ нея состоянія, она въ настоящее время опредѣлить не можетъ, почему и проситъ исполнить это душеприкащиковъ ея, въ свое время, по приведеніи въ цѣнность всего имѣющаго остаться послѣ ея смерти. Это духовное завѣщаніе Филатовой засвидѣтельствовано во 2-мъ департаментѣ московской палаты гражданскаго суда въ октябрѣ 1865 года по суммѣ показанной душеприкащиками 12.856 р. 25 коп. Между тѣмъ, еще прежде засвидѣтельствованія духовнаго завѣщанія Филатовой, московскій сиротскій судъ, получивъ увѣдомленіе объ оставшейся, по смерти Филатовой, воспитанницѣ ея, и просьбу коллежскаго асессора Петра Акимовича Краснова объ опредѣленіи его опекуномъ, учредилъ надъ воспитанницею Елизаветою Дмитріевою опекунство, и избралъ опекуна Краснаго, котораго оставилъ опекуномъ и 1-й департаментъ московской гражданской палаты, и хотя душеприкащики Солдатенковъ и Четвериковъ подавали въ правительствующій сенатъ прошеніе объ удаленіи опекуна Краснова и назначеніи на его мѣсто купеческаго сына Тренгейзера, но правительствующій сенатъ, въ указѣ 1-му департаменту московской гражданской палаты 30-го сентября 1866 года, призналъ распоряженіе этого департамента палаты объ оставленіи Краснова опекуномъ правильнымъ, и непризнаніе этимъ департаментомъ необходимымъ управленіе имѣніемъ малолѣтной Дмитріевой чрезъ нѣсколькихъ опекуновъ, не противнымъ закону, не указывающему (ст. 253 ч. 1, т. X) положительнаго числа опекуновъ и дозволяющему опредѣленіе одного опекуна даже и въ томъ случаѣ, когда опекаемое имѣніе находится въ разныхъ уѣздахъ. На этихъ основаніяхъ правительствующій сенатъ опредѣлилъ: ходатайство душеприкащиковъ Солдатенкова и Четверикова объ удаленіи отъ опекунства коллежскаго асессора Краснова оставить безъ послѣдствій. Представляя засвидѣтельствованную копію съ духовнаго завѣщанія Филатовой, выданную изъ

сиротскаго суда опекуну Краснову, при исковомъ прошеніи, поданномъ въ московскій окружный судъ 16-го декабря 1866 года, опекунъ сироты Елизаветы по крестномъ отцѣ Дмитріевой, наслѣдницы Филатовой, коллежскій асессоръ Петръ Акимовъ Красновъ объяснилъ въ этомъ прошеніи, что московская гражданская палата, при засвидѣтельствованіи духовнаго завѣщанія Филатовой не касалась сущности его, и слѣдовательно сущность этого завѣщанія законнымъ порядкомъ не только не утверждена, но даже и не разсмотрѣна. Между тѣмъ въ этомъ завѣщаніи оказалось множество оговорокъ, условій и выраженій, не только противорѣчащихъ главной цѣли и сущности его, или самой идеѣ собственности сироты наслѣдницы, но и видимо незаконныхъ, и всѣ эти выраженія и оговорки написаны именно тамъ, гдѣ это касается двухъ душеприкащиковъ, Солдатенкова и Четверикова, которыхъ однакоже Филатова опекунами не назначала. Въ ихъ личную пользу и власть все духовное завѣщаніе испещрено условіями и выраженіями, стѣснительными не только для безусловнаго права сироты владѣть и располагать своею собственностію, перешедшей ей по этому завѣщанію, но и какъ бы поработительными для самой личности, воспитанія и цѣлой жизни сироты, до 25-тилѣтняго ея возраста; кромѣ того Филатовою написаны въ завѣщаніи такія оговорки, которыми силятся отстранить и законъ и правительство. Такъ въ 1-мъ пунктѣ сдѣлана оговорка: „не допуская полиціи къ описи и опечатанію имущества;“ затѣмъ въ концѣ 2-го пункта прибавлена оговорка: „не учреждая опеки.“ Филатова повидимому не знала законоположеній, а что подобныя оговорки незаконны, это фактически уже доказано сиротскимъ судомъ, который несмотря на нихъ учредилъ надъ сиротою опеку и назначилъ къ ней опекуна, что было подтверждено и гражданскою палатою и правительствующимъ сенатомъ. А съ учрежденіемъ опеки сами собою падаютъ выраженія 2-го пункта завѣщанія: „попеченію ихъ душеприкащиковъ ввѣряю воспитанницу мою Елизавету,“ 3-й же пунктъ весь безъ исключенія становится ненужнымъ и излишнимъ, такъ какъ попеченіе и воспитаніе перешли уже къ правительству, сиротскому суду и уполномоченному отъ нихъ опекуну, котораго обязанности тѣмъ и отличаются отъ обязанностей душеприкащиковъ, назначаемыхъ во 1-хъ, не отъ правительства, во 2-хъ, только для ближайшихъ распоряженій по имуществу, и въ 3-хъ, только для исполненія посмертныхъ обрядовъ и поминовеній, да и средства на воспитаніе и содержаніе сироты выдаются теперь уже сиротскимъ судомъ, которымъ контролируются и всѣ расходы на нее, отъ душеприкащиковъ же ея имущество и капиталы уже отобраны и хранятся въ судѣ. Такимъ

образомъ 3-й пунктъ завѣщанія противорѣчитъ статьямъ закона и прямымъ обязанностямъ опекуна и правамъ опеки. Но всего важнѣе оговорка и выраженія, отдающія душеприкащикамъ въ полное и безотчетное распоряженіе не только ея имущество и капиталы, но и лично ее, относительно даже выбора ею со временемъ мужа, и еще болѣе относительно права ея спросить когда-либо свое наслѣдство, узнать его количество и стоимость или потребовать когда-нибудь отъ душеприкащиковъ отчета по немъ, что прямо противорѣчитъ не только всей цѣли и сущности духовнаго завѣщанія, но и самой идеи собственности и даже существованію и правамъ опеки, а между тѣмъ слово „безотчетно“ повторено въ завѣщаніи въ пользу душеприкащиковъ ровно пять разъ; но какъ скоро Филатовою, по завѣщанію, полною и единственною наслѣдницею назначена сиротка пріемышъ, то съ этой минуты никакъ уже нельзя ни допустить, ни признать ни за кѣмъ полнаго и безотчетнаго права распоряжаться ея собственностію, что душеприкащики фактически и сами признали представивъ по требованію сиротскаго суда въ этотъ судъ наслѣдственные капиталы сироты и сдавъ опекуну ея движимое имущество. Затѣмъ вписано въ завѣщаніи право, въ случаѣ смерти самой сироты, распространить такія же права даже и „на дѣтей наслѣдницы,“ если только они у нея будутъ, такъ какъ въ 4-мъ пунктѣ завѣщанія написано: „какъ они душеприкащики найдутъ это полезнымъ, также безъ всякаго отчета.“ Кромѣ того въ 4-мъ пунктѣ есть условіе, что сирота даже замужъ выйдти должна съ согласія душеприкащиковъ, и только тогда они выдаютъ ей половину завѣщаннаго состоянія, а если они найдутъ, что она вышла замужъ не по ихъ желанію, то они стало-быть могутъ лишить ее наслѣдства, а такъ какъ на этотъ случай не сдѣлано и въ завѣщаніи не сказано никакого спеціальнаго назначенія, то значитъ душеприкащики могутъ взять себѣ самимъ, или отдать по ихъ усмотрѣнію, кому они заблагоразсудятъ, все, или по меньшей мѣрѣ половину ея состоянія. Наконецъ пунктъ 7-й предоставляетъ душеприкащикамъ право „поручить исполненіе этого завѣщанія кому заблагоразсудятъ, съ тѣми же правами, какія завѣщательница предоставляетъ имъ самимъ,“ то-есть они могутъ передать его кому угодно. Кромѣ того написано, будто бы завѣщательница и сама не знаетъ что у нея есть, и того, что послѣ нея останется опредѣлить не можетъ, а предоставляетъ это чести душеприкащиковъ, но такъ какъ теперь состояніе это уже объявлено и истребовано въ сиротскій судъ, то стало-быть и этотъ пунктъ, какъ уже ненужный и совсѣмъ излишній, также подлежитъ исключенію изъ завѣщанія. Но самое существенное въ настоящемъ дѣ-

лѣ то, что завѣщательница, не значась родною матерью сироты, и сама не имѣла на ея личность не только тѣхъ безотчетныхъ и поработительныхъ правъ, какія ей описаны въ завѣщаніи для душеприкащиковъ, но и рѣшительно никакихъ. Она при жизни была только воспитательницею сироты, а по смерти благотворительницею ея по завѣщанію и не имѣла даже права назначать опекуновъ, не только предоставлять это право другимъ, такъ какъ это право, по ст. 227 т. X ч. 1 Зак. Гр., предоставлено только родному отцу или родной матери, которыхъ, относительно правъ на имущество и личность находящихся подъ опекою, по ст. 294 т. X ч. 1, законъ также подчиняетъ всѣмъ тѣмъ же правиламъ, какія постановлены для опекуновъ постороннихъ. А потому пстецъ Красновъ, несмотря на то, что онъ оставленъ опекуномъ гражданскою палатою и правительствующимъ сенатомъ, такъ какъ въ завѣщаніи Филатовой до сихъ поръ еще не сдѣлано надлежащимъ порядкомъ формальной отмѣны и уничтоженія незаконныхъ его пунктовъ и выраженій, посредствомъ надлежащей надписи на подлинномъ завѣщаніи, а оно существуетъ и теперь безъ измѣненія въ томъ же видѣ и силѣ, то онъ, Красновъ, какъ опекунъ, имѣя въ виду такое завѣщаніе по копіи, выданной ему изъ сиротскаго суда, долженъ быть поставленъ имъ въ чрезвычайное затрудненіе и даже въ невозможность исполнить въ точности опекунскія обязанности, въ особенности означенныя въ 263 ст. т. X ч. 1, и для предупрежденія со стороны душеприкащикокъ, или ихъ преемниковъ повторенія и возможности пользоваться такими полномочіями завѣщанія, и чтобы оно не узаконилось со временемъ десятилѣтнею давностію, просилъ окружный судъ, на основаніи закона, а также раціональныхъ и нравственныхъ соображеній постановить опредѣленіе, чтобы всѣ вышесказанныя выраженія, условія и права, какъ несогласныя съ закономъ, измѣнить, оговорить, или силою законовъ уничтожить и совсѣмъ исключить изъ духовнаго завѣщанія, такъ какъ содержаніе и сущность его, ни разсмотрѣны, ни утверждены законнымъ порядкомъ еще не были, а оставить въ силѣ, допустить и утвердить только то, что законно, то-есть одну только главную сущность его, что сирота назначена (п. 2) единственною наслѣдницею всего, какъ оставшагося (п. 4 и 10), такъ и имѣющаго откуда-нибудь достаться (п. 6), и что стало-быть она есть безусловная и полная собственница своего наслѣдства, и что только по ея смерти до замужества или до совершеннолѣтія, какъ именно сказано въ завѣщаніи, а отнюдь не при жизни ея, душеприкащики могутъ распорядиться ея наслѣдствомъ по назначенію завѣщанія, то-есть одну половину его отдать роднымъ покой-

ницы (п. 5-й), а другую употребить съ благотворительною цѣлью на учрежденіе стипендіи въ какомъ-нибудь женскомъ учебномъ заведеніи; при жизни же сироты ея личность и попеченіе объ ея воспитаніи подлежатъ уже правительству и опредѣленному имъ для этого опекуну, а никакъ не душеприкащикамъ, которые вмѣшиваться въ это отнюдь не имѣютъ никакого права, такъ какъ здѣсь вопросъ болѣе всего въ нравственныхъ правахъ, а не въ деньгахъ и наслѣдствѣ. Посему истецъ Красновъ просилъ окружный судъ прежде всего вытребовать отъ душеприкащиковъ находящееся у нихъ подлинное духовное завѣщаніе, и затѣмъ, по опредѣленію суда, сдѣлать на немъ надлежащую по законамъ надпись, или же препроводить его для этого во 2-й департаментъ московской гражданской палаты, гдѣ оно въ самомъ началѣ было уже свидѣтельствовано, но только относительно подлинности надписей и формы храненія его, а не сущности и законности содержащихся въ немъ выраженій и распоряженій. Въ концѣ прошенія истецъ Красновъ объяснилъ, что такъ какъ вся цѣль и сущность настоящаго прошенія, основаннаго прямо на 1029 ст. т. X ч. 1 Св. Зак. Гр., относится къ законности распоряженій касательно правъ собственно нравственныхъ, то перевести ихъ на денежную стоимость или опредѣлить цѣну иска, онъ не можетъ. Въ отвѣтѣ на это исковое прошеніе Краснова, повѣренный почетнаго гражданина Козьмы Терентьевича Солдатенкова, присяжный повѣренный Яковъ Ивановичъ Любимцевъ объяснилъ, что такъ какъ г. Красновъ проситъ судъ объ измѣненіи духовнаго завѣщанія Филатовой не отъ своего лица, а въ качествѣ опекуна бывшей ея воспитанницы Елизаветы Дмитріевой, то для того, чтобы не оставалось ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что ему дѣйствительно принадлежитъ право вчинанія исковъ по дѣламъ малолѣтней Дмитріевой, ему надлежало бы, на основаніи Уст. Гражд. Суд. ст. 4 и 19, вмѣстѣ съ прошеніемъ представить удостовѣреніе сиротскаго суда въ томъ, что онъ и теперь состоитъ въ званіи опекуна означенной Дмитріевой, и что кромѣ его никакого другаго опекуна у ней нѣтъ, и сверхъ того, на основаніи п. 1 и 5 ст. 263 Уст. Гр. Суд., представить засвидѣтельствованныя копіи съ рѣшенія московской гражданской палаты и правительствующаго сената, на которыя онъ ссылается. Кромѣ того въ прошеніи своемъ г. Красновъ говоритъ, что онъ не можетъ опредѣлить цѣну предъявленнаго имъ иска, такъ какъ главная цѣль этого иска состоитъ въ огражденіи правъ нравственныхъ находящейся у него подъ опекой сироты, но въ такомъ случаѣ ему надлежало бы обратиться съ своимъ искомъ не въ судъ, а въ какое-либо другое учрежденіе, потому что на основаніи ст. 1, 2 и 3

Уст. Гражд. Суд. судъ разрѣшаетъ споры только о правахъ гражданскихъ, охраняетъ, а въ случаѣ нарушенія, возстановляетъ гражданскія, а не нравственныя права, основанныя на законѣ гражданскомъ, а не на законѣ нравственномъ. Г. Красновъ полагаетъ, что завѣщаніе Филатовой, оставляя его въ томъ видѣ, какъ оно ею составлено, должно поставить его въ чрезвычайное затрудненіе относительно исполненія имъ опекунскихъ своихъ обязанностей. Изъ собственныхъ словъ г. Краснова видно, что онъ еще не испытываетъ подобныхъ затрудненій, а еслибы ему и дѣйствительно пришлось когда-либо встрѣтиться съ такими затрудненіями, тогда, на точномъ основаніи Св. Зак. Гражд. т. X ч. 1, ст. 286 п. 1-й, ему надобно будетъ представить объ этомъ сиротскому суду и ожидать отъ него наставленія. Во всякомъ случаѣ затрудненія, о которыхъ упоминаетъ г. Красновъ, суть затрудненія мнимыя, и никакъ не болѣе, какъ одни его предположенія. Никто, основываясь на духовномъ завѣщаніи Филатовой, никакихъ требованій къ г. Краснову не предъявляетъ, никто и у опекаемой имъ сироты не оспариваетъ правъ, принадлежащихъ ей по завѣщанію, а потому права эти, за силою Уст. Гр. Суд. ст. 1-й, не могутъ совсѣмъ и подлежать разсмотрѣнію судебной власти. Наконецъ требованіе г. Краснова объ измѣненіи духовнаго завѣщанія Филатовой до такой степени, чтобы отъ него осталась одна только сущность, какая-то идея полной и безусловной собственности, едва ли чѣмъ отличается отъ ходатайства объ уничтоженіи завѣщанія, и потому требованіе это должно быть отклонено потому уже одному, что оно явно противорѣчитъ выгодамъ малолѣтной, для которой составлено Филатовою завѣщаніе, не говоря о томъ, что для такого требованія нѣтъ ни основаній, ни повода. По симъ соображеніямъ, признавая предъявленное Красновымъ требованіе объ измѣненіи духовнаго завѣщанія Филатовой неправильнымъ, повѣренный Солдатенковъ просилъ окружный судъ въ оном ему отказать, возложивъ на истца и судебныя по этому дѣлу издержки. Повѣренный отвѣтчика почетнаго гражданина Виктора Ивановича Четверикова, присяжный повѣренный Михаилъ Ивановичъ Доброхотовъ, въ отвѣтѣ на исковое прошеніе Краснова объяснилъ: 1) что Красновъ, не опредѣляя цѣны своего иска, домогается огражденія нравственныхъ правъ, упуская изъ виду, что задачею гражданскаго суда должно быть огражденіе правъ гражданскихъ; 2) что заявленіе Краснова о затрудненіяхъ имѣетъ характеръ голословія, такъ какъ онъ ничѣмъ не доказалъ, что обращался за наставленіями къ сиротскому суду, котораго прямая обязанность разрѣшать затрудненія опекуновъ и 3) что Красновъ сливаетъ въ одно права личное и имуще-

ственное, хлопоты и заботы о личности споты съ таковыми же о ея имуществѣ, завѣщанномъ ей ея благодѣтельницею Филатовою. Посему, не упоминая уже о непредставленныхъ Красновымъ документахъ, на которые онъ ссылается въ своемъ прошеніи, повѣренный Четверикова просилъ окружный судъ, Краснову, въ его бездоказательномъ искѣ, отказать. Въ своемъ возраженіи на отвѣты повѣренныхъ Солдатенкова и Четверикова, истецъ Красновъ объяснилъ: 1) повѣренные отвѣтчиковъ не касаясь сущности его прошенія и нисколько не отвергая его законности, имѣютъ въ виду отклонить принятіе его судомъ къ разсмотрѣнію и просятъ отказать ему въ этомъ искѣ, приводя поводомъ къ этому отказу непредставленіе имъ копій съ нѣкоторыхъ бумагъ, на которыя онъ въ своемъ прошеніи только указываетъ, но по закону, на основаніи 269, 270, 266, 264 и 908 ст. Уст. Гражд., непредставленіе ихъ никакъ не влечетъ за собою отказа въ самомъ искѣ, а на основаніи 5 п. 257 ст. и 1 п. 263 ст. Уст. Гр. Суд. требуется представленіе при прошеніи только тѣхъ документовъ и копій, на которыхъ искъ основанъ. А такой документъ онъ, Красновъ, представилъ. Это духовное завѣщаніе, на которомъ собственно и основанъ его искъ. Наконецъ ст. 579 говоритъ, что указаніе на нарушеніе въ исковомъ прошеніи предписанныхъ закономъ формъ не освобождаетъ отвѣтчика отъ обязанности отвѣчать по содержанію прошенія, между тѣмъ отвѣты повѣренныхъ или вовсе не относятся къ сущности и содержанію прошенія или же относятся не прямо, касаясь только условій формы. 2) Оба повѣренные повидимому оспориваютъ гражданскій характеръ этого дѣла, или даже самую подсудность его окружному суду, но приведенная ими 1, 2 и 3 ст. Уст. Гр. Суд. нисколько не подкрѣпляетъ ихъ доводовъ, а въ ст. 215 Уст. Гражд. Судопр. прямо говорится, что споры противъ дѣйствительности завѣщанія подсудны окружному суду, а въ ст. 24 сказано, что иски, на завѣщаніи основанные, предъявляются къ душеприкащику, при томъ вообще иски, стало-быть и личные и нравственные, а не одни только имущественные. Если поводомъ къ пререканіямъ со стороны гг. повѣренныхъ относительно гражданскаго характера и подсудности иска окружному суду могло быть употребленное имъ, Красновымъ, выраженіе „права нравственныя,“ то онъ считаетъ долгомъ разъяснить, что подъ правами нравственными онъ разумѣетъ права личныя, или вообще неимущественныя, которыя тѣмъ не менѣе суть конечно и гражданскія, такъ какъ нельзя и представить человѣка, который въ то же время не былъ бы и гражданиномъ. На предложеніе же повѣреннаго Любимцева обратиться съ своимъ искомъ не въ судъ, а въ какое-нибудь другое учрежденіе, онъ,

Красновъ, не находитъ ни указаній въ законѣ, ни такихъ учрежденій, которыхъ не указываетъ и самъ г. Любимцевъ. А что дѣло это подсудно окружному суду и должно быть ведено исковымъ порядкомъ, это доказывается даже тѣмъ, что окружный судъ 28 іюля и 9-го ноября 1866 года возвратилъ ему, Краснову, два прежнія прошенія, поданныя безъ указанія отвѣтчиковъ, за силою 1 п. 266 ст. Уст. Гр. Суд. 3) Замѣчаніе повѣреннаго Доброхотова, будто бы онъ, Красновъ, сливаетъ въ одно права личное и имущественное, вызываетъ его сказать, что не онъ, а духовное завѣщаніе слило было ихъ, онъ же напротивъ старается отдѣлить эти два вопроса, или права, и проситъ, на основаніи закона о возстановленіи и охраненіи правъ личныхъ, не имущественныхъ, такъ какъ духовнымъ завѣщаніемъ именно онѣ и стѣснены болѣе всего, и отъ того могутъ пострадать еще болѣе и такъ какъ въ нихъ было уже сдѣлано душеприкащиками вмѣшательство, именно тѣмъ, что они домогались не только предлагать лично отъ себя опекуновъ къ сиротѣ, но даже и увольнять уже опредѣленнаго правительствомъ. О правахъ же имущественныхъ, или объ капиталахъ и имуществѣ сироты онъ не предъявлялъ особеннаго иска во первыхъ потому что ими злоупотреблять уже никому нельзя, такъ какъ всѣ ея капиталы, показанные душеприкащиками, взяты сиротскимъ судомъ и хранятся въ его кладовыхъ, а имущество, сданное душеприкащиками опекѣ, находится также подъ контролемъ сиротскаго суда; во 2-хъ, чтобы не подвергать интересы сироты ущербу платою пошлинъ со всей суммы ея капиталовъ, когда они въ данномъ случаѣ вовсе не подлежатъ ни иску, ни спору, и когда онъ, Красновъ, въ своемъ прошеніи вовсе ихъ не касается, а также вовсе не говоритъ, чтобы другіе оспоривали ихъ, или предъявляли на нихъ какія-либо права или претензіи. Впрочемъ въ примѣчаніи къ ст. 216 законъ признаетъ не только отдѣльные иски личные и вещные, но и смѣшанные, а потому замѣчаніе повѣреннаго Доброхотова никакъ не можетъ быть основаніемъ къ просимому имъ по этому резону отказу въ самомъ искѣ, а тѣмъ болѣе, что такого основанія не значится ни въ одномъ пунктѣ статей отъ 257 до 270 Уст. Гр. Суд. 4) Оба повѣренные указываютъ ему, Краснову, чтобы за разрѣшеніемъ этого вопроса онъ обращался къ сиротскому суду, а если обращался, то представилъ бы доказательство того. Но сиротскій судъ, какъ опекунское учрежденіе, можетъ разрѣшать опекуну его дѣйствія только въ сферѣ и границахъ его опекунской обязанности, никакъ не болѣе. А что касается до актовъ, духовныхъ завѣщаній, до ихъ дѣйствительности, подлинности и законности, и вообще до судебныхъ вопросовъ и сомнѣ-

ній, то сиротскій судъ не только не разрѣшаетъ этого, но даже и входить въ это не можетъ, такъ какъ это превышало бы его власть и цѣль учрежденія. Кромѣ того, незаконныя распоряженія духовнаго завѣщанія таковы, что они исключаютъ всякую опеку, стало-быть и самый сиротскій судъ, а можетъ ли сиротскій судъ быть судьею и рѣшителемъ въ такомъ дѣлѣ, въ которомъ совсѣмъ отрицаютъ его вмѣшательство и его же права? 5) Неопредѣленіе цѣны иска, на которое указываютъ гг. повѣренные, въ настоящемъ случаѣ никакъ не можетъ быть резономъ къ отказу въ самомъ искѣ, или въ судебномъ разсмотрѣніи самаго дѣла, такъ какъ законъ, въ ст. 257 п. 3 и въ ст. 849 Уст. Гражд. Суд., не только допускаетъ неопредѣленіе самимъ истцемъ цѣны иска, но и прямо, или предоставляетъ его суду, или опредѣляетъ и замѣняетъ его цѣну общимъ размѣромъ пошлины, между 1 и 50 рублями сер. А что по исковому прошенію Краснова цѣны иска онъ опредѣлить не могъ, да и вообще невозможно, это ясно изъ того, что во 1-хъ, тутъ дѣло идетъ наиболѣе о правахъ неимущественныхъ, личныхъ, стало-быть на денежную стоимость не переводимыхъ, имущество же или собственно капиталы сироты никакому спору или иску здѣсь не подвергаются; во 2-хъ, въ самомъ духовномъ завѣщаніи, на которомъ собственно основанъ искъ, никакой цифры не опредѣлено и рѣшительно никакой стоимости завѣщаннаго наслѣдства не означено. При этомъ, основываясь на п. 3 ст. 343 Уст. Гр. Суд., онъ, Красновъ, заявляетъ надежду, что судъ въ настоящемъ случаѣ назначитъ исковую пошлину въ наименьшемъ размѣрѣ, такъ какъ здѣсь дѣло небогатой сироты, безроднаго шестилѣтняго ребенка, имѣющаго право не только на снисхожденіе, но и на особое покровительство закона, и на заступничество г. прокурора, во имя закона. 6) Основаніе, поводъ и причина иска Краснова, которыхъ не видѣть или не находить угодно гг. повѣреннымъ, ясно и точно означены въ исковомъ прошеніи Краснова. Это само духовное завѣщаніе и его незаконныя распоряженія, и затѣмъ домогательство душеприкащиковъ опираться на нихъ и воспользоваться ими. Что же касается до того, тяготится ли ими сирота, боится ли, чтобы рано или поздно не вздумали опять воспользоваться ими, и желаетъ ли она освободиться отъ нихъ однажды навсегда, это лично ея дѣло и совсѣмъ не зависитъ отъ мнѣнія и желанія другой стороны. Затрудненія же, встрѣчаемыя и сознаваемыя Красновымъ отъ незаконныхъ распоряженій завѣщанія, парализующихъ права и совсѣмъ исключающихъ обязанности опекуна, касаются собственно его, опекуна, и онъ полагаетъ, что нѣтъ никакой надобности, ни разницы въ томъ, видитъ ли и находитъ ли ихъ

противная сторона, такъ какъ онъ, Красновъ, надѣется, что имѣетъ право испытывать, сознавать и понимать самъ за себя и по своему совершенно независимо отъ другой, противной стороны. 7) Замѣчаніе или намекъ на то, что ходатайство его, Краснова, объ уничтоженіи незаконныхъ распоряженій завѣщанія будто бы едва ли чѣмъ отличается отъ уничтоженія всего завѣщанія, и что онъ, Красновъ, какъ бы рискуетъ повредить выгодамъ малолѣтней, то-есть вѣроятно лишить ее всего наслѣдства, прямо и совершенно опровергается статьею 1029 т. X ч. 1 Св. Зак. Гр., въ которой опредѣленно сказано: „всѣ же другія распоряженія, законамъ не противныя, остаются въ своей силѣ.“ Еслибы онъ, Красновъ, не былъ обезпеченъ этою статьею, то конечно не сталъ бы рисковать и просить, а еслибы она вдругъ оказалась отмѣненною, то даже и начатое дѣло онъ оставилъ бы теперь же и постарался бы съ своей стороны тотчасъ же остановить и прекратить. 8) Что онъ, Красновъ, опекунъ означенной сироты, это видно изъ надписи, сдѣланной сиротскимъ судомъ на выданной ему копіи съ духовнаго завѣщанія, на что онъ прямо указалъ и сослался въ своемъ прошеніи. А такъ какъ онъ, Красновъ, не видитъ, чтобы подлинное духовное завѣщаніе было истребовано отъ душеприкащиковъ, о чемъ онъ просилъ прежде всего, то, на основаніи статей 439, 441, 442 и объясненій къ ст. 896 Уст. Гражд. Суд., онъ позволяетъ себѣ повторить предъ окружнымъ судомъ ту же его объ этомъ просьбу, и представляетъ копіи съ указа правительствующаго сената гражданской палатѣ, на который онъ ссылается въ исковомъ прошеніи. Въ опроверженіе на это возраженіе, повѣренный Солдатенкова, изложивъ первые пять и десятый пункты духовнаго завѣщанія Филатовой, объяснилъ, что по прямому смыслу всего духовнаго завѣщанія Филатовой должно признать за несомнѣнное, что оставшееся послѣ ея смерти имущество не составляетъ еще предмета прямой и безусловной собственности опекаемой г. Красновымъ сироты Дмитріевой; что сирота эта имѣетъ теперь право на одно только содержаніе изъ этого имущества; что самое имущество можетъ сдѣлаться предметомъ ея собственности только по достиженіи ею 25-тилѣтняго возраста и при наступленіи другихъ опредѣленныхъ завѣщаніемъ событій; что до наступленія таковыхъ событій сохраненіе имущества Филатовой въ цѣлости остается на прямой обязанности и отвѣтственности назначенныхъ ею душеприкащиковъ, и что по этому ходатайство г. Краснова объ измѣненіи духовнаго ея завѣщанія, въ указываемомъ имъ смыслѣ, представляется по меньшей мѣрѣ неосновательнымъ. Полагая, что требованіе колежскаго ассессора Краснова объ измѣненіи духовнаго завѣща-

нія Филатовой послѣдовало исключительно отъ преувеличеннаго представленія о принадлежащихъ опекаемой имъ сиротѣ правахъ по сему завѣщанію, и потому не вступая въ пререканія съ г. Красновымъ о значеніи душеприкащиковъ по завѣщанію, а также оставляя безъ опроверженія и разсужденіе его о нравственныхъ, личныхъ, неимущественныхъ и смѣшанныхъ правахъ сироты Дмитріевой, какъ совершенно неправильное и придуманное только для пользы своего дѣла, равнымъ образомъ оставляя въ неизвѣстности что именно онъ разумѣетъ подъ правами личности своей сироты, какъ гражданки, которыя будто бы нарушены Филатовою, и возстановленія которыхъ онъ домогается достигнуть измѣненіемъ духовнаго ея завѣщанія, самъ превратно его понимая, повѣренный Любимцевъ просилъ окружный судъ, предъявленный г. Красновымъ по сему предмету къ его довѣрителю Солдатенкову искъ, какъ неосновательный, и по представленнымъ имъ, Любимцевымъ, въ первомъ его отвѣтѣ, соображеніямъ, вѣдомству судебнаго мѣста не подлежащій, оставить безъ послѣдствій, освободивъ во всякомъ случаѣ довѣрителя его, Солдатенкова, отъ всякаго взысканія, какъ лицо, къ сему дѣлу привлеченное совершенно невинно. Повѣренный Четверикова своего опроверженія въ узаконенный срокъ не представилъ. При словесномъ состязаніи въ публичномъ засѣданіи суда по этому дѣлу, 20 мая 1867 года, истецъ Красновъ объяснилъ, что по его мнѣнію принадлежность капиталовъ и имущества, оставшихся послѣ Филатовой, въ полную собственность малолѣтной Дмитріевой, какъ единственной наслѣдницы завѣщательницы, не подлежитъ никакому сомнѣнію и спору, что признано и самими душеприкащиками. Поэтому онъ, Красновъ, не касаясь вопроса о правѣ Дмитріевой на завѣщанный ей капиталъ, проситъ судъ лишь о признаніи незаконности тѣхъ распоряженій завѣщанія, которыя, вопреки закону, стѣсняютъ личныя права Дмитріевой и права ея и опекуна ея по распоряженію принадлежащимъ ей капиталомъ, и это онъ, Красновъ, дѣлаетъ въ виду возможности затрудненій, къ которымъ въ послѣдствіи можетъ подать поводъ завѣщаніе Филатовой. Повѣренный Четверикова согласился, что всѣ распоряженія завѣщанія, клонящіяся къ стѣсненію личныхъ и имущественныхъ правъ Дмитріевой, которую Филатова назначила единственною и полною по себѣ наслѣдницею, незаконны, и объяснилъ, что кромѣ незаконныхъ распоряженій, о которыхъ говоритъ истецъ Красновъ, онъ, Доброхотовъ, признаетъ незаконнымъ и сдѣланное Филатовою назначеніе наслѣдниковъ на случай смерти Дмитріевой. Обращаясь затѣмъ къ ходатайству Краснова объ отмѣнѣ нѣкоторыхъ распоряженій завѣщанія, повѣренный Доброхотовъ объяснилъ, что онъ приз-

наетъ требованіе истца не подлежащимъ удовлетворенію, такъ какъ эти распоряженія, по самой незаконности своей, недѣйствительны, и должны быть разсматриваемы не болѣе какъ совѣты завѣщательницы, ни мало не обязательные, и по мнѣнію его, безпокойство Краснова о будущихъ затрудненіяхъ совершенно напрасно. Повѣренный Солдатенкова указалъ, что въ искѣ Краснова замѣчается неясность и смѣшеніе различныхъ предметовъ иска, а именно о правахъ Дмитріевой и о собственныхъ правахъ Краснова, и объяснилъ, что, по его мнѣнію, сущность ходатайства истца заключается въ домогательствѣ о признаніи за Дмитріевою права полной, безусловной собственности на капиталъ, оставшійся послѣ Филатовой. Требованіе это противорѣчитъ истинному смыслу завѣщанія; въ силу завѣщанія, Дмитріева имѣетъ въ настоящее время право только на доходъ съ капитала. Собственницею этого капитала Дмитріева можетъ быть только съ наступленіемъ извѣстныхъ, опредѣленныхъ завѣщаніемъ условій. Съ другой стороны, при ненаступленіи этихъ условій, наслѣдниками Филатовой будутъ другія лица, о которыхъ говоритъ завѣщаніе. Такимъ образомъ искъ Краснова проистекаетъ изъ преувеличеннаго пониманія правъ Дмитріевой, лишенъ основанія и не вызванъ никакимъ поводомъ, и затрудненія, о которыхъ говоритъ Красновъ, мнимыя, такъ какъ ни на его опекунскія права, ни на права Дмитріевой душеприкащики не посягаютъ, а желаютъ они лишь имѣть возможность сохранить капиталъ для тѣхъ лицъ и учрежденій, которыя имѣютъ наслѣдовать Филатовой въ случаѣ смерти Дмитріевой. Въ своемъ словесномъ заключеніи по этому дѣлу товарищъ прокурора объяснилъ, что онъ не признаетъ въ искѣ Краснова смѣшенія, указаннаго повѣреннымъ Солдатенкова. Красновъ ходатайствуетъ о правахъ по имуществу опекаемой имъ сироты, какъ опекунъ, и какъ таковой же опекунъ заботится объ огражденіи своихъ законныхъ правъ по опекѣ, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ суть и его обязанности. Статья 282 т. X ч. 1 Зак. Гражд. даетъ ему право, даже обязываетъ его избирать способы для спокойнаго владѣнія имуществомъ малолѣтной, и признавая, что въ духовномъ завѣщаніи содержатся распоряженія, могущія нарушить таковое, онъ имѣетъ полное право ходатайствовать предъ судомъ, по 215 ст. Уст. Гр. Суд., о признаніи ихъ недѣйствительными. По 2-му пункту завѣщанія, сирота Елизавета признана единственною наслѣдницею, и слѣдовательно, на основаніи 1254 ст., вступила съ минуты смерти Филатовой въ право полной собственности завѣщаннымъ имуществомъ; затѣмъ съ учрежденіемъ опеки, утвержденной гражданскою палатою, признанной правильною рѣшеніемъ прави-

тельствующаго сената, всѣ имущественные и по воспитанію вопросы уже само собою разрѣшаются, и на опекуна по закону переходятъ права, предоставленныя завѣщаніемъ душеприкащикамъ, ст. 263, 266, 282 и 286 т. X ч. 1 Св. Зак. Гражд.; обращаясь затѣмъ къ п. 5-му духовнаго завѣщанія, онъ, товарищъ прокурора, находитъ, что обусловенное 25-тилѣтнимъ возрастомъ право распоряжаться всѣмъ имуществомъ противорѣчитъ 213 ст. т. X и 3 п. ст. 4 т. IX; что требованія, для сохраненія права на имущество, согласія душеприкащиковъ на бракъ, нарушаетъ ст. 6 т. X, по которой требуется согласіе только родителей, опекуновъ и попечителей, и наконецъ распоряженіе о переходѣ завѣщаннаго имущества послѣ смерти Елизаветы Дмитріевой не допускается закономъ, примѣч. къ ст. 1011, а потому на точномъ основаніи 1029 ст. т. X ч. 1 онъ, товарищъ прокурора, полагаетъ, согласно просьбы опекуна Краснова, всѣ распоряженія, клонящіяся къ стѣсненію личныхъ и имущественныхъ правъ, признать недѣйствительными. Изъ вышеизложеннаго обнаруживается, что предметъ настоящаго дѣла заключается въ спорѣ противъ распоряженій духовнаго завѣщанія Филатовой, которыми предоставлено душеприкащикамъ Солдатенкову и Четверикову завѣдывать имуществомъ и личностію Елизаветы Дмитріевой. Вторымъ пунктомъ означеннаго духовнаго завѣщанія единственною наслѣдницею по Филатовой назначена малолѣтная Елизавета Дмитріева, для воспитанія которой по 3-му пункту завѣщанія должно быть употреблено оставшееся послѣ Филатовой имущество, къ ней же по 4-му пункту завѣщанія поступаетъ и все что останется отъ расходовъ по воспитанію. При такомъ назначеніи Дмитріевой единственною наслѣдницею, попеченіе о личности и имуществѣ ея, какъ малолѣтной, на основаніи 225 ст. X т. 1 ч., должно зависѣть отъ учрежденной надъ нею опеки, права и обязанности которой, какъ учрежденія государственнаго, не зависятъ отъ воли частныхъ лицъ, выраженной въ духовномъ завѣщаніи или въ другомъ актѣ укрѣпленія права на имущество (т. X ч. 1 ст. 228, 294, 707, 728), а опредѣляются законами, въ силу которыхъ опекунамъ предоставлено: воспитывать малолѣтныхъ (тамъ же статья 263), при отсутствіи родителей давать согласіе на вступленіе ихъ въ бракъ (ст. 6), привести въ извѣстность имѣніе малолѣтныхъ (ст. 266), имѣть ходатайство по всѣмъ тяжебнымъ ихъ дѣламъ и вообще избирать всѣ способы, которые могли бы доставить опекаемымъ спокойное владѣніе ихъ имуществомъ. При существованіи изложенныхъ узаконеній распоряженія завѣщательницы о предоставленіи душеприкащикамъ Солдатенкову и Четверикову: 1) принять въ полное и безотчетное ихъ распоря-

женіе все оставшееся послѣ Филатовой имущество; 2) имѣть попеченіе о малолѣтной Дмитріевой не учреждая надъ ней опеки; 3) воспитывать ее какъ признаютъ нужнымъ; 4) не давать отчета въ употребленіи назначеннаго въ наслѣдство имущества, и 5) изъявлять согласіе на вступленіе ея въ бракъ, всѣ эти распоряженія, какъ противныя законамъ на основаніи 1029 ст. т. X ч. 1 должны быть признаны недѣйствительны. Переходя за симъ къ обсужденію силы остальныхъ завѣщательныхъ распоряженій, стѣсняющихъ права Дмитріевой, окружный судъ принялъ во вниманіе, что по 221 ст. т. X ч. 1 право на полное распоряженіе имуществомъ пріобрѣтается съ достиженіемъ 21 года и потому распоряженіе завѣщательницы о томъ, что душеприкащики должны передать имущество назначенной ею наслѣдницѣ Дмитріевой лишь съ достиженіемъ послѣднею 25-ти лѣтъ, должно быть признано, точно также какъ и вышеизложенныя распоряженія о правахъ душеприкащиковъ, недѣйствительнымъ, тѣмъ болѣе, что завѣщательница не опредѣлила никакихъ мѣръ для сохраненія капитала, который съ достиженіемъ Дмитріевою 21 года долженъ быть исключенъ изъ опекунскаго завѣдыванія; передача же онаго въ безотчетное распоряженіе душеприкащикамъ съ одной стороны не обязательно для опеки, а съ другой можетъ имѣть послѣдствіемъ совершенную его утрату, при которой уничтожится и главное распоряженіе завѣщательницы о назначеніи наслѣдницею Дмитріевой. Наконецъ при постановленіи закона (прим. къ 1011 ст. т. X ч. 1) о томъ, что, по смерти назначеннаго въ завѣщаніи наслѣдника, завѣщанное имущество поступаетъ въ разрядъ наслѣдственныхъ и въ порядкѣ дальнѣйшаго перехода произволу перваго вотчинника подлежать не можетъ, противозаконнымъ и потому недѣйствительнымъ, должно быть признано и то распоряженіе Филатовой, которымъ, въ случаѣ бездѣтной смерти Дмитріевой, поступившее уже къ ней имущество должно быть передано братьямъ и сестрамъ Филатовой и на учрежденіе степендіи. По симъ соображеніямъ и имѣя въ виду: во 1-хъ, что истецъ Красновъ, не опредѣливши цѣны иска, не представилъ исковыхъ пошлинъ, которыя по 849 ст. Уст. Гр. Суд. должны быть взысканы при постановленіи рѣшенія, и 2) что возраженія по существу предъявленнаго иска представлялъ лишь повѣренный отвѣтчика Солдатенкова, окружный судъ постановилъ: распоряженія духовнаго завѣщанія Филатовой о предоставленіи душеприкащикамъ Четверикову и Солдатенкову: 1) принять въ полное и безотчетное ихъ распоряженіе все оставшееся послѣ Филатовой имущество; 2) имѣть попеченіе о малолѣтной Дмитріевой, не учреждая опеки; 3) воспитывать ее какъ признаютъ нужнымъ; 4) не

давать отчетовъ употребленія назначеннаго въ наслѣдство имущества; 5) изъявлять согласіе на вступленіе Дмитріевой въ бракъ; 6) передать ей имущество лишь по достиженіи ею 25-ти лѣтъ, и 7) въ случаѣ бездѣтной ея смерти завѣщанное имущество передать братьямъ и сестрамъ Филатовой и на учрежденіе стипендіи, всѣ эти распоряженія признать противозаконными и потому недѣйствительными. Взыскать съ истца пятьдесятъ рублей серебромъ исковыхъ пошлинъ; взысканіе судебныхъ издержекъ на основаніи 868 ст. Уст. Гр. Суд. возложить на отвѣтчика Солдатенкова. Рѣшеніе это предварительному исполненію не подлежитъ.

Всѣ три помѣщенныя въ настоящемъ нумерѣ Юридическаго Вѣстника рѣшенія заслуживаютъ вниманія не только по особому интересу тѣхъ предметовъ гражданскаго права, которыхъ они касаются, но и по юридическимъ началамъ, къ обсужденію коихъ они даютъ поводъ. Мнѣніе Государственнаго Совѣта, основанное на родовомъ началѣ, еще доселѣ играющемъ столь важную роль въ нашемъ законодательствѣ, вполнѣ послѣдовательно прилагаетъ его къ ст. 1355 и 1357 т. X ч. 1-й, ибо безъ такого примѣненія это начало не имѣло бы въ настоящемъ случаѣ смысла, какъ предоставленное въ приложеніи своемъ произволу одного родича, имѣющаго право выкупа, помимо другихъ лицъ, состоящихъ въ одинаковомъ съ нимъ родствѣ къ продавцу. Правда, что въ послѣднее время не только въ средѣ публики, но и между юристами все чаще приводится слышать сужденіе, что начало родовое есть у насъ начало историческое и устарѣлое и что поэтому намъ, заимствовавшимъ въ послѣднее царствованіе столько новыхъ началъ у западныхъ народовъ, необходимо и въ этомъ отношеніи съ ними сблизиться, чему будто бы положено основаніе извѣстною 1140-ю статью Зак. Гражд. уравненіемъ въ приводимомъ здѣсь случаѣ братьевъ и сестеръ единокровныхъ съ братьями и сестрами единоутробными. Но, по нашему мнѣнію, это предположеніе ошибочное и означенная статья не даетъ того, что хотятъ въ ней видѣть. Она дѣйствительно сопоставляетъ братьевъ и сестеръ, происходящихъ отъ одного отца съ умершимъ, братьямъ и сестрамъ, рожденнымъ отъ одной съ нимъ матери, но въ отношеніи къ наслѣдованію лишь въ оставшемся послѣ него благопріобрѣтенномъ имѣніи, а отнюдь не въ родовомъ, и потому ею установляется въ нашемъ законодательствѣ только то понятіе, что тамъ, гдѣ рѣчь идетъ не о наслѣдствѣ, полученномъ умершимъ отъ его родителей, къ которому собственно и можетъ быть примѣ-

няемо родовое начало, а лишь о степени близости къ нему съ одной стороны братьевъ и сестеръ его по отцу, а съ другой братьевъ и сестеръ его по матери, между ними не слѣдуетъ дѣлать различія. Притомъ этотъ вопросъ былъ поднятъ и разрѣшенъ въ двадцатыхъ годахъ текущаго столѣтія именно на томъ основаніи, что онъ считался неразрѣшеннымъ законодательствомъ прежняго времени, хотя практика разрѣшила его еще въ концѣ XVIII-го столѣтія совершенно согласно съ ст. 1140-ю Что касается до устраненія изъ нашего законодательства начала родоваго, то изъ журналовъ Государственнаго Совѣта намъ извѣстно, что для сужденія о томъ представлялось довольно случаевъ этому высшему учрежденію, но онъ признавалъ себя не въ правѣ относиться легко и необдуманно къ столь важному предмету, именно изъ опасенія поколебать начало, утвердившееся у насъ историческимъ путемъ, почему разрѣшеніе его отлагалъ всегда до кореннаго пересмотра нашихъ гражданскихъ законовъ и началъ, въ нихъ установленныхъ. Признавая вполнѣ основательнымъ такое разсужденіе, котораго вовсе не отвергаютъ и самыя развитыя законодательства западныхъ государствъ въ отношеніи къ своимъ исторически выработавшимся началамъ, мы видимъ изъ помѣщеннаго здѣсь мнѣнія Государственнаго Совѣта, что онъ остается вѣрнымъ своему взгляду — примѣненію родоваго начала, пока оно не отмѣнено нашимъ законодательствомъ, въ томъ самомъ объемѣ, какого требуетъ это начало.

Рѣшеніе московскаго окружнаго суда по тяжебному дѣлу между г-жею Кирѣевой и г. Павловымъ побуждаетъ насъ остановиться на вопросѣ здѣсь только затронутомъ, но еще далеко не исчерпанномъ, а между тѣмъ въ высшей степени любопытномъ и важномъ въ практическомъ отношеніи. Что такое издательская собственность и какое отношеніе ея къ праву на предпринятіе и исполненіе извѣстнаго изданія? Нельзя не согласиться съ судомъ, что это не есть право создать что-нибудь отвлеченное, духовное: напротивъ самыя слова: „изданіе, издатель, издательская дѣятельность, издательская собственность“ показываютъ, что оно заключается въ *матеріальномъ* воспроизведеніи мысли — перенесеніи ее съ помощью печати и бумаги въ вещественный міръ для того, чтобъ она чрезъ это сдѣлалась всѣмъ извѣстною и доступною, а это достигается только чрезъ выпускъ въ свѣтъ или обнародованіе *напечатанныхъ* мыслей. Обычный способъ такого выпуска въ свѣтъ или обнародованія есть *продажа* изданныхъ мыслей, иначе называемыхъ сочиненіемъ, книгой, брошюрой, газетой, монографіей и т. д. Вмѣстѣ съ тѣмъ это способъ вполнѣ законный, ибо какъ усвоеніе

себѣ авторомъ мыслей, достойныхъ вниманія и заслуживающихъ быть извѣстными, пріобрѣтается обыкновенно трудомъ и издержками, и на этомъ основаніи авторы обыкновенно продаютъ свои сочиненія *издателямъ*, такъ и самое изданіе — печатаніе и потребная для того бумага достаются издателю, по общему правилу, не безвозмездно. Затѣмъ самый результатъ издательской дѣятельности — изготовленные для выпуска въ свѣтъ и продажи экземпляры книги или газеты — составляетъ имущество, собственность издателя. Все это показываетъ, что право издательское есть право *имущественное*, переходящее, по смерти издателя, какъ и всякое такое право, *по наслѣдству*, а не по личному желанію того или другаго лица присвоить его себѣ послѣ умершаго. Этой имущественной стороны издательской дѣятельности нисколько не касаются ни цензурные уставы, ни учрежденія по дѣламъ книгопечатанія, по крайней мѣрѣ не касаются до тѣхъ поръ, пока мысль, которая должна быть выражена чрезъ изданіе, не будетъ признана вредною или опасною для государства, и только въ этомъ случаѣ правительство налагаетъ руку на изданіе. Вотъ почему, лишь для того, чтобы лучше гарантировать и интересы государства и права самого издателя установляются такія мѣры, посредствомъ которыхъ правительство имѣетъ возможность убѣдиться въ добросовѣстности издателя и редактора прежде чѣмъ разрѣшаетъ имъ пользоваться обоюдоострымъ мечемъ — распространеніемъ мыслей чрезъ посредство типографскаго станка. Примѣняя это разсужденіе къ настоящему дѣлу г. Павлова, мы поступимъ, кажется намъ, вполнѣ послѣдовательно если въ самомъ составленіи имъ условій съ кредиторами его отца признаемъ принятіе имъ на себя издательскихъ правъ его, какъ оставшагося послѣ него наслѣдства. Мы убѣждены, что еслибы дѣйствительно кто-нибудь, помимо г. Павлова, присвоилъ себѣ право изданія „Русскихъ Вѣдомостей“, онъ совершенно законно вступилъ бы съ такимъ лицомъ въ процессъ, а еслибъ этого не сдѣлалъ, то развѣ только изъ опасенія заявить себя чрезъ то наслѣдникомъ и быть обязаннымъ платить долги своего отца. Но г. Павловъ не только не находился въ такомъ положеніи, въ которомъ право его на продолженіе изданія газеты его отца кто-либо считалъ спорнымъ, напротивъ онъ самъ договорился о принятіи на себя этого *продолженія*, а потомъ *о передачѣ* его, словомъ дѣйствовалъ до конца какъ наслѣдникъ и собственникъ этого права, ибо заявленіе, хотя бы и въ судѣ, что онъ отрекается отъ наслѣдства, не можетъ на самомъ дѣлѣ имѣть этого значенія, какъ не имѣло бы его и увѣреніе сына, который, распродавая всякое другое имущество, оставшееся послѣ своего отца, объявилъ бы вмѣстѣ

съ тѣмъ, что онъ не считаетъ себя его наслѣдникомъ. Въ рѣшеніи по иску г-жи Кирѣевой этотъ предметъ естественно не разсмотрѣнъ во всей полнотѣ, ибо она, очевидно, могла искать только въ предѣлахъ договора, заключеннаго ею съ г. Павловымъ и имъ нарушеннаго; но если посмотрѣть съ одной стороны на дѣйствія самого г. Павлова относительно права изданія „Русскихъ Вѣдомостей," а съ другой — на принятыя имъ на себя обязательства въ отношеніи къ кредиторамъ его отца, то окажется, что всѣ предъявленныя имъ возраженія, какъ отвѣтчика г-жи Кирѣевой, должны упасть сами собою.

Наконецъ опредѣленіе Московскаго окружнаго суда по прошенію опекуна сироты Дмитріевой хотя и ставитъ передъ нами уже разрѣшенный практикою вопросъ о правахъ безотчетныхъ опекуновъ, но все-таки этотъ вопросъ и еще болѣе отрицательное разрѣшеніе его недостаточно сознаются завѣщателями, въ особенности въ отношеніи къ душеприкащикамъ, которые у насъ и въ теоріи и въ практикѣ не считаются опекунами. Если поэтому, въ виду яснаго и положительнаго опредѣленія нашихъ постановленій объ опекахъ, нельзя отрицать правъ опекунскихъ мѣстъ назначать къ лицу малолѣтныхъ и ихъ имѣнію опекуновъ только въ предѣлахъ этихъ постановленій, то тѣмъ не менѣе можно спорить о значеніи и власти душеприкащиковъ, назначаемыхъ въ завѣщаніи для приведенія въ дѣйствіе воли умершаго относительно благопріобрѣтеннаго его имѣнія. Конечно, практическое разрѣшеніе вопроса не можетъ допускать противорѣчій въ самой волѣ завѣщателя, какъ именно въ настоящемъ случаѣ, гдѣ завѣщательница назначаетъ Дмитріеву своей наслѣдницей и вмѣстѣ съ тѣмъ предоставляетъ душеприкащикамъ такъ или иначе лишить ее этого права. Но какъ скоро поставить вопросъ такъ: не имѣла ли завѣщательница права назначить душеприкащиковъ съ тѣмъ, что они могутъ передать ея благопріобрѣтенное имѣніе въ собственность Дмитріевой или же, напротивъ, распорядиться этимъ имѣніемъ по своему усмотрѣнію, то рѣшеніе его должно быть иное. Судебныя мѣста очень часто, и безъ всякаго сомнѣнія, даютъ силу такимъ завѣщаніямъ, которыми предоставляется душеприкащикамъ право распредѣлить денежные капиталы, имѣющіе остаться послѣ завѣщателя, по ихъ произволу. Къ этой формѣ выраженія прибавляется нерѣдко: „раздать бѣднымъ, по церквамъ и монастырямъ, по усмотрѣнію душеприкащиковъ." Такъ и въ приведенномъ нами примѣрѣ завѣщательница указала бы только душеприкащикамъ на одинъ способъ употребленія своего имущества, который былъ бы однако для нихъ нисколько не обязателенъ. Слѣдовательно все основаніе, почему окружный судъ справедли-

во кассировалъ въ напечатанномъ здѣсь рѣшеніи распоряженія завѣщательницы относительно правъ душеприкащиковъ къ личности и имуществу Дмитріевой, заключается въ томъ, что назначивъ въ этомъ самомъ завѣщаніи Дмитріеву наслѣдницей своего имущества, она не могла уже затѣмъ лишить ее этого права по произволу душеприкащиковъ. Точно также не могла она предоставить душеприкащикамъ въ отношеніи къ Дмитріевой такія права, которыя по закону принадлежатъ лишь опекунамъ, а тѣмъ ботѣе дать имъ права, превышающія опекунскую власть. И такъ очевидно, что власть душеприкащика и власть опекуна тамъ, гдѣ онѣ противорѣчатъ одна другой, несовмѣстны и первая должна уступить мѣсто второй какъ власти во всякомъ случаѣ необходимой для малолѣтнаго по самому закону. Но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, независимо отъ опеки, завѣщатель назначаетъ душеприкащика на правахъ полновластнаго распорядителя своимъ благопріобрѣтеннымъ имуществомъ, это имущество, безъ сомнѣнія, лишь тогда должно поступить въ завѣдываніе опекуна, когда душеприкащикъ, въ силу предоставленной ему власти, передастъ его малолѣтнему. Это различіе между правами опекуновъ и душеприкащиковъ и возможность назначать ихъ одновременно въ завѣщаніяхъ, а также возможность одновременнаго существованія опекуновъ по закону и душеприкащиковъ по завѣщанію даже въ отношеніи къ имуществу умершаго, которое все можетъ достаться одному и тому же малолѣтнему, мы сочли не излишнимъ здѣсь выяснить съ тою цѣлью, чтобы рѣзко выраженное въ настоящемъ рѣшеніи суда устраненіе власти душеприкащиковъ въ противоположность власти опекунской не могло подать поводъ къ неправильному пониманію той и другой власти и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ихъ права не соприкасаются.

Н. К.

КРИТИКА и БИБЛІОГРАФІЯ.

Т. Марецоллъ. Учебникъ Римскаго Гражданскаго права. Переводъ съ нѣмецкаго. Съ добавленіемъ статьи *Иеринга* о современномъ значеніи римскаго права и библіографіи римскаго права. Москва 1867 г.

Судебной реформѣ очевидно суждено не только внести новыя начала въ юридическій бытъ, но и оживить юридическую литературу. Масса изданнаго въ послѣднеее десятилѣтіе литературнаго юридическаго труда — вліяніе судебной реформы сказалось задолго до обнародованія судебныхъ уставововъ 20-го ноября 1864 года — значительно превышаетъ таковой же трудъ не одного только предшествовавшаго ему десятилѣтія. Скажемъ болѣе: дѣйствительная потребность въ изученіи положительнаго права, а равно и возможность сего явились лишь въ послѣднее время. Совершенно неосновательно доказывать, какъ это стали теперь дѣлать, что причина бѣдности догматической литературы заключается въ теоретическихъ заблужденіяхъ ученыхъ, пренебрегшихъ будто, вслѣдствіе непонятнаго ослѣпленія, дѣйствительными цѣлями науки, отдавшихся безплоднымъ археологическимъ изысканіямъ и праздному философствованію, вмѣсто того чтобъ изучать явленія дѣйствительной жизни. Люди исповѣдующіе такой взглядъ, страдаютъ двойнымъ недостаткомъ: они не понимаютъ ни прошлаго, ни нынѣшняго положенія вещей. Желательно бы знать, гдѣ та страна, въ которой процвѣтаетъ догматическая юриспруденція, несмотря на полное отсутствіе гласности въ производствѣ суда, на тайну, въ которую облекаются судебныя рѣшенія, на бюрократическое устройство судовъ, члены котораго не связаны ни между собою, ни съ дѣломъ правосудія никакимъ корпоративнымъ началомъ, на зачисленіе адвокатовъ

въ одинъ разрядъ съ гувернерами и управляющими, несмотря однимъ словомъ на полное отсутствіе сословія юристовъ, въ смыслѣ класса людей, избравшихъ юриспруденцію профессіей жизни. Такой страны нѣтъ и не было. Не только нѣтъ причины удивляться малому развитію догматической литературы, и винить въ этомъ ученыхъ; но дѣйствительно достойны если не удивленія, то во всякомъ случаѣ уваженія тѣ изъ нихъ, которые, въ предвидѣніе лучшаго, дѣлали то, что при неблагопріятныхъ обстоятельствахъ, въ которыхъ они были поставлены, возможно было сдѣлать. Возьмите любаго французскаго писателя, извлеките изъ его сочиненія все то, чѣмъ онъ обязанъ многовѣковой образцовой судебной практикѣ и той литературѣ, которая образовалась подъ ея вліяніемъ, — что же въ немъ останется, какъ не болѣе или менѣе удачное изложеніе положеній римскаго права, тотъ самый грѣхъ, который нынѣ „съ прискорбіемъ и болью“ открываютъ въ курсѣ гражданскаго права Мейера? Странное противорѣчіе: съ такимъ азартомъ хлопочутъ о практическомъ направленіи въ литературѣ, а между тѣмъ такъ непрактически удивляются отсутствію его въ то время, когда не было ни практической потребности въ немъ, ни практической возможности осуществить его. Вмѣсто отчаянныхъ предположеній, вмѣсто изобрѣтенія пороха, о которомъ при томъ возвѣщается не безъ нѣкотораго самонадѣяннаго и не совсѣмъ приличнаго задора, не проще ли будетъ объяснить дѣло экономическимъ закономъ о запросѣ и предложеніи: не было запроса на догматическую работу, и умственный капиталъ затрачивался на другія отрасли дѣятельности мысли; настала судебная реформа, явился запросъ на догматическую юриспруденцію, — и литературная дѣятельность направилась преимущественно въ эту сторону. Но, говоритъ политическая экономія, запросъ самъ по себѣ не обладаетъ творческою силой; онъ производитъ лишь перемѣщеніе капитала въ ту отрасль, въ которой явился запросъ; смѣемъ однако думать, что въ другихъ отрасляхъ юридической литературы вовсе нѣтъ такого изобилія умственнаго капитала, чтобы можно было безъ вреда перемѣщать его оттуда; задача не столько въ рекомендуемой перемѣнѣ прежняго направленія, сколько въ накопленіи капитала, въ усиленной противъ прежняго работѣ, благо средствъ къ тому теперь гораздо больше и потребности разнообразнѣе. Но наука развивается и зрѣетъ медленно, а между тѣмъ запросъ до того засталъ въ расплохъ предложеніе, что не предвидится возможности удовлетворить его туземнымъ товаромъ, — открывается необходимость иностраннаго привоза, переводовъ. Конечно, нѣтъ ничего отраднаго въ томъ, что мы принуждены переводить даже элементарные учеб-

ники; но чѣмъ сѣтовать на это, не лучше ли стараться объ удовлетвореніи по крайней мѣрѣ этой потребности. Признаемся, мы считаемъ хорошій переводъ хорошей книги дѣломъ гораздо болѣе важнымъ и полезнымъ чѣмъ всякія изслѣдованія о нашемъ правовѣдѣніи, что оно и чѣмъ должно быть.

Такой насущной потребности въ элементарномъ учебникѣ по одной изъ главныхъ юридическихъ наукъ, по римскому праву, предполагалось вѣроятно удовлетворить переводомъ книги заглавіе, которой мы выше выписали. Сколько намъ извѣстно, въ послѣднее время были изданы три переводныя сочиненія по римскому праву: первый томъ курса институціи Пухты, учебникъ римскаго права Маккензи и настоящее сочиненіе Марецолля. Сочиненія эти совершенно однородны, всѣ они имѣютъ предметомъ изложеніе древняго римскаго права до юстиніановскихъ сборниковъ включительно, но весьма различны какъ по характеру своему, такъ и по достоинствамъ.

Что касается до перваго изъ сихъ изданій, то имя Пухты и слава его курса институцій извѣстна. Будучи однимъ изъ передовыхъ дѣятелей того литературнаго движенія, которое тому назадъ нѣсколько десятковъ лѣтъ оживило нѣмецкую юридическую литературу и обладая притомъ чрезвычайнымъ даромъ именно юридическаго изложенія, онъ своими курсами институцій и пандектовъ, до настоящаго времени никѣмъ, во многихъ отношеніяхъ, непревзойденными, болѣе другихъ юристовъ содѣйствовалъ вытѣсненію изъ университетовъ и изъ судебной практики застарѣлыхъ теорій. Несмотря на то, что курсъ институцій остался неоконченнымъ [1]) и со смерти автора протекло уже болѣе двадцати пяти лѣтъ, сочиненіе это даже въ нѣмецкой литературѣ не имѣетъ другаго себѣ подобнаго. Оно распадается на три неравномѣрныя части, которымъ предшествуетъ краткое введеніе о правѣ вообще. Первая часть переведенная на русскій языкъ, содержитъ изложеніе источниковъ римскаго права въ связи съ исторіею государственнаго права, вторая — гражданскій процессъ, третья гражданское право въ ихъ историческомъ развитіи. Русскій переводъ не всегда отличается точностью, тою въ особенности точностью, которую мы въ правѣ требовать отъ перевода подобнаго сочиненія, нѣсколько тяжелъ, что въ особенности бросается въ глаза при сравненіи съ изящнымъ языкомъ подлинника; кое-гдѣ въ переводѣ попадаются даже

1) Онъ оконченъ Рудорффомъ, написавшимъ, по сохранившимся въ бумагахъ Пухты черновымъ тетрадямъ, вторую половину обязательственнаго все семейственное и наслѣдственное право.

недосмотры; но при всемъ томъ было бы весьма желательно, чтобы переводчикъ не остановился на первой части и усвоилъ бы русской литературѣ сочиненіе, которое въ Европѣ считается едва не лучшимъ въ своемъ родѣ произведеніемъ.

Странно, что рядомъ съ переводомъ сочиненія Пухты появился переводъ учебника Маккензи. Несмотря на поразительное сходство въ развитіи англійскаго и римскаго права, изученіе послѣдняго, какъ извѣстно, далеко не процвѣтаетъ въ Англіи. Мы не беремся судить на сколько сочиненіе Маккензи отражаетъ уровень познаній англійскихъ юристовъ въ римскомъ правѣ; но во всякомъ случаѣ учебникъ этотъ, въ основаніи котораго очевидно легло руководство Макельдея, бывшее въ большомъ ходу въ началѣ этого столѣтія и переведенное тогда въ извлеченіи и на русскій языкъ проф. московскаго университета Цвѣтаевымъ, учебникъ этотъ крайне неудовлетворителенъ какъ по краткости своей, такъ главнымъ образомъ по невѣрности сообщаемыхъ имъ свѣдѣній.

Перейдемъ къ учебнику Марецолля. Система изложенія почти та же, что у Пухты, съ тѣмъ отличіемъ, что исторіи государственнаго права вовсе нѣтъ, что процессъ, эта столь своеобразная и едва ли не самая обаятельная часть римскаго права, изложена слишкомъ кратко, „на столько лишь, на сколько это необходимо для уразумѣнія послѣдующаго изложенія институтовъ гражданскаго права“, и что Марецолль тѣсно примыкаетъ къ порядку, усвоенному институціями Юстиніана, почему у него общей части, какъ особаго отдѣла, вовсе нѣтъ. Само гражданское право римское изложено у него несравненно кратче чѣмъ у Пухты. Вообще учебникъ этотъ есть сочиненіе чисто элементарное, имѣющее цѣлью служить пособіемъ къ такъ-называемому въ германскихъ университетахъ курсу институцій. Дѣло въ томъ, что въ Германіи преподаваніе римскаго права слагается изъ двухъ курсовъ: курса институцій, въ которомъ излагается римское право въ томъ видѣ, въ какомъ оно дѣйствовало у Римлянъ; причемъ обращается преимущественное вниманіе на исторію, и курса догматическаго или такъ-называемаго курса пандектовъ, въ которомъ главную роль играетъ догматика тѣхъ отдѣловъ римскаго гражданскаго права, которые были усвоены въ Германіи въ качествѣ права положительнаго. Курсы институцій большею частію носятъ характеръ элементарный, приготовительный къ курсу пандектовъ. Для такой именно строго элементарной цѣли Марецолль и написалъ свой учебникъ; онъ очевидно притомъ полагаетъ, что при пользованіи его учебникомъ исторія римскаго права составитъ предметъ особаго курса, какъ это и водится въ большей части нѣмецкихъ университетовъ.

Учебникъ Марецолля есть по преимуществу пособіе къ устному преподаванію. Поэтому онъ довольствуется чрезвычайно сжатымъ изложеніемъ, предоставляя преподавателю разъясненіе высказанныхъ положеній. Весьма часто онъ по этой же причинѣ ограничивается одною номенклатурою. Особенность этого учебника заключается въ томъ, что вмѣсто обычной массы цитатъ, лишь затрудняющихъ первоначальное преподаваніе, въ немъ перепечатаны выдержки изъ источниковъ: къ каждому параграфу подобраны соотвѣтственныя мѣста изъ источниковъ, преимущественно изъ комментаріевъ Гая и институцій Юстиніана. Эти выписки, по выраженію самого Марецолля, служатъ какъ бы латинскимъ продолженіемъ нѣмецкаго текста. Дѣйствительно, выдержки стоятъ въ самой тѣсной связи съ изложеніемъ автора, взаимно другъ друга дополняя и объясняя. Понятно, что при своеобразности источниковъ не всегда возможно было избрать такія мѣста, которыя бы вполнѣ годились въ элементарный учебникъ; авторъ этимъ не стѣснялся, имѣя въ виду помощь преподавателя. Въ нѣмецкой литературѣ, изобилующей подобнаго рода пособіями, книга эта достигла уже восемь изданій. Намъ кажется, что успѣхомъ этимъ она обязана своей пригодности для учебныхъ цѣлей, ибо по внутреннему достоинству своему она не только не превосходитъ многія другія подобныя сочиненія, но положительно ниже нѣкоторыхъ изъ нихъ, напр. учебника институцій Келлера. Книга Марецолля имѣетъ для преподавателя еще и то удобство, что въ ней не только нѣтъ никакой самостоятельности, но авторъ намѣренно избѣгаетъ спорныхъ въ наукѣ пунктовъ; она поэтому не ставитъ преподавателя въ затруднительную необходимость опровергать иногда на лекціяхъ избранный имъ учебникъ.

Сказаннымъ опредѣляется достоинство этой книги для русской публики. Конечно первое и главное ея достоинство въ томъ, что она пока единственная, такъ какъ переводъ институцій Пухты не оконченъ, а на продолженіе его мало надежды: послѣ изданія перваго тома прошло уже три года и продолженія нѣтъ. Сочиненіе это можетъ служить прекраснымъ пособіемъ при университетскомъ преподаваніи. Увѣренность, что въ рукахъ слушателей находится дѣльный учебникъ, дастъ преподавателю большой просторъ: съ него снимется забота, столь тяготѣющая надъ нашими университетскими лекціями, забота именно о томъ, чтобы лекціи профессорскія вполнѣ замѣнили студенту учебникъ, и онъ получитъ возможность вводить своихъ слушателей, такъ сказать, in medias res науки, въ особенности, если онъ захочетъ воспользоваться помѣщенными у Марецолля выписками изъ источниковъ для ознакомленія слушателей съ эгзегетическими

пріемами, что, къ сожалѣнію, не въ ходу, кажется въ нашихъ университетахъ.

Вотъ почему мы полагаемъ, что переводъ этого сочиненія составляетъ дѣйствительное приращеніе въ русской юридической литературѣ. Но переводчикъ преувеличиваетъ значеніе ея, говоря, что она представляетъ отчетливую картину римскаго гражданскаго права во всей совокупности его институтовъ. Если угодно, то дѣйствительно въ сочиненіи Марецолля рѣдкій институтъ римскаго гражданскаго права обойденъ молчаніемъ; но за то о многихъ изъ нихъ узнаешь одно только имя, о другихъ немногимъ больше имени, что совершенно, впрочемъ, согласуется съ цѣлью самой книги. Менѣе всего она удовлетворитъ того, кто по ней захотѣлъ бы знакомиться съ догматикой римскаго права, то-есть тою стороною его, ради котораго оно собственно и изучается.

Что касается до русскаго перевода учебника Марецолля, то надлежитъ замѣтить, что сжатое изложеніе автора, а равно технической строй языка должны были породить для русскаго переводчика не малыя затрудненія, независимо отъ того, что вообще переводъ подобной книги требуетъ особенной тщательности: иное дѣло переводить книгу повѣствовательнаго содержанія, иное книгу, содержащую систематическое изложеніе отвлеченныхъ понятій, или вѣрнѣе, представляющій непрерывный рядъ такихъ опредѣленій понятій, въ которыхъ каждое слово строго взвѣшено и разсчитано; малѣйшее отступленіе переводчика отъ подлинника легко обращается въ искаженіе смысла. Просимъ читателя имѣть это въ виду при послѣдующихъ сужденіяхъ нашихъ о достоинствѣ перевода.

Мы должны замѣтить, къ сожалѣнію, что именно такихъ отступленій отъ подлинника переводчикъ дозволилъ себѣ не мало, въ явный ущербъ достоинству своего труда. Возьмемъ для примѣра нѣсколько страницъ изъ краткой главы о процессѣ. Въ началѣ § 51 въ подлинникѣ сказано „что magistratus juri dicundo не были сановники только и исключительно поставленные для того, чтобы творить судъ въ государствѣ, а сановники, которымъ въ силу присвоеннаго имъ imperium, вмѣстѣ съ другими предметами вѣдомства должностей ихъ предоставлено было также творить судъ“ — Das waren jedoch nicht besondere Beamte, welche blos und ausschliesslich für die Rechtsprechung im Staate bestellt waren, sondern Beamte, welche in Gemässheit des ihnen zustehenden Imperium, neben anderen Amtsfunctionen, auch die Rechtssprechung oblag. Въ переводѣ же читаемъ: „обязанность этихъ лицъ (magistratus) состояла однако не исключительно въ правосудіи, а на каждомъ сановникѣ, соразмѣрно съ предоставленною

ему властью (imperium) и рядомъ съ другими государственными функціями лежала и обязанность произносить судебные приговоры.“ Внимательный читатель замѣтитъ тутъ нѣсколько неточностей: вопервыхъ, откуда взялъ переводчикъ, что обязанность творить судъ лежала на *каждомъ* сановникѣ. Въ томъ-то и дѣло, что imperium хотя давало власть творить судъ, но изъ лицъ, облеченныхъ этою властью, обязанность творить судъ возложена была на нѣкоторыхъ только. Далѣе слово Amtsfunctionen у Марецолля соотвѣтствуетъ латинскому provincia, въ древнѣйшемъ смыслѣ этого слова, именно означающему предметъ вѣдомства должности. Затѣмъ, сказать, что magistratus „произносилъ судебные приговоры“ по малой мѣрѣ неточно. Магистратъ только установлялъ спорный вопросъ и юридическія основанія къ разрѣшенію его, но самъ дѣла не рѣшалъ; производство у магистрата (processus in jure) не оканчивалось произнесеніемъ судебныхъ приговоровъ, а назначеніемъ судьи, которому, въ особой формулѣ, магистратъ поручалъ рѣшить дѣло на основаніяхъ, въ ней изложенныхъ, и лишь производство у судьи (processus in judicio) оканчивалось произнесеніемъ судебнаго приговора.

Въ началѣ § 52 читаемъ въ переводѣ, что дѣленіе на jus и judicium произошло частью „изъ необходимости тогдашнему публичному судьѣ облегчить исполненіе его обязанностей, частію же.... дабы судьба спорящихъ сторонъ не зависѣла отъ воли одного сановника; и съ этою цѣлью одна часть процесса отдана была другому, столь же независимому, сановнику.“ Для уразумѣнія смѣшенія понятій, заключающагося въ этой фразѣ надлежитъ припомнить, что судьи, judices, которымъ магистратъ въ формулѣ поручалъ рѣшеніе дѣла, соотвѣтствовали въ извѣстной мѣрѣ нашимъ присяжнымъ, что это были частныя лица, обладавшія извѣстнымъ цензомъ, дававшимъ право быть внесеннымъ въ списокъ судей (album judicum); они противопоставляются магистрату, сановнику, облеченному государственною властью (imperium), одна изъ сторонъ которой есть власть судебная (officium jus dicentis); никогда судьи не называются сановниками, и на оборотъ; присвоить, слѣдовательно, и судьѣ названіе „столь же независимаго сановника,“ какъ это дѣлаетъ переводчикъ, совершенно невозможно; въ подлинникѣ сказано, что judicium поручался „лицамъ содѣйствовавшимъ магистрату съ извѣстною самостоятельною независимостью (mit einer gewissen selbständigen Unabhängigkeit mitwirkende Personen); еще не сообразнѣе называть магистрата „публичнымъ судьею“ (въ подлинникѣ „öffentlicher Justizbeamte, magistratus juris dicundo“ — государственный сановникъ для отправленія правосудія), въ

особенности если принять еще во вниманіе, что магистратъ никогда не называется *судьею* и что обязанность судьи, есть поученію римскаго права „публичная“ обязанность (munus publicum).

§ 53 перевода начинается слѣдующею фразою: „Процессъ всегда открывается предъявленіемъ иска. Для этого необходимо было первоначально присутствіе обѣихъ сторонъ in jure передъ преторомъ. Чтобы привлечь отвѣтчика къ присутствію въ судѣ, истцу предоставлялось особое средство, in jus vocatio, и для подкрѣпленія этого призванія къ суду онъ могъ употребить нѣкоторыя понудительныя мѣры. Но при Маркѣ Авреліи in jus vocatio замѣнено было другою формальностью, litis denunciatio; она состояла въ томъ, что истецъ формально предъявлялъ свой искъ не въ судѣ, а самому отвѣтчику. При Юстиніанѣ же самъ судья сталъ заботиться о сообщеніи предъявленнаго иска отвѣтчику и о привлеченіи его къ суду.“ Въ подлинникѣ вотъ какъ это выражено: процессъ всегда открывался предъявленіемъ иска. Для сего нужно было личное присутствіе обѣихъ сторонъ in jure предъ magistratus, и первоначально и долгое время спустя на истца лежала главнымъ образомъ обязанность поставить для этой цѣли отвѣтчика на судъ. Для сего ему надлежало прибѣгнуть къ in jus vocatio. Это былъ хотя самъ по себѣ внѣ судебный актъ, частный вызовъ къ явкѣ, но истцу предоставлялись извѣстныя, облеченныя въ строго процессуальныя формы средства принужденія, дабы этому частному вызову дать должную силу. Мѣсто in jus vocatio заняло въ послѣдствіи, современи Марка Аврелія, litis denunciatio т.-е., формальное, при свидѣтеляхъ, объявленіе со стороны истца отвѣтчику объ искѣ. Въ юстиніановскомъ правѣ самъ судья, по воспослѣдовавшемъ предъявленіи иска, беретъ на себя заботу о вызовѣ отвѣтчика, чрезъ судебныхъ приставовъ и о явкѣ его“ [1]).

---

1) Eröffnet wurde der Process von jeher durch die Anstellung der Klage. Dazu gehörte persönliche Gegenwart beider Parteien in jure vor dem magistratus, und es war ursprünglich und lange Zeit hindurch zunächst Sache des Klägers, den Beklagten zu diesem Zwecke vor Gericht zu stellen. Dazu hatte er sich der in jus vocatio zu bedienen. Das war an sich ein aussergerichtlicher Act, eine Privatladung, doch standen dem Kläger gewisse, in streng processualische Formen eingekleidete Zwangmittel zu, um dieser seiner Privatladung den nöthigen Nachdruck zu geben. An die Stelle dieser in jus vocatio trat späterhin, seit Marc Aurel, die litis denunciatio, d. h. eine förmliche Ansage der Klage von Seiten des Klägers an den Beklagten, vor Zeugen. Im justinionischen Rechte übernimmt es der Richter selbst, nach erfolgter Klaganmeldung den Beklagten durch Gerichsdiener zu laden und für sein Erscheinen zu sorgen.

Эта длинная выписка характеризуетъ переводъ. Откуда переводчикъ взялъ, что magistratus и *преторъ* одно и тоже; далѣе изъ перевода не видно, что in jus vocatio была актомъ внѣсудебнымъ. Судя по переводу, можно подумать, что in jus vacatio есть средство для принужденія отвѣтчика къ личной явкѣ, тогда какъ in jus vocatio называется обрядъ внѣсудебнаго вызова, а принудительное средство состояло въ томъ, что если по выполненіи сего обряда отвѣтчикъ уклонялся отъ явки, то истецъ могъ, призва въ свидѣтелей, наложить на него руку и силою привести его къ подлежащему магистрату. За тѣмъ переводчикъ смѣшалъ внѣсудебное извѣщеніе отвѣтчика объ искѣ (litis denunciatio) съ предъявленіемъ иска, которое есть актъ судебный, первое изъ дѣйствій изъ которыхъ слагается processus in jure. Наконецъ переводчикъ почему-то обошелъ судебныхъ приставовъ.

На этой же страницѣ перевода говорится, что lex aebutia и leges iuliae совершенно отмѣнили legis actiones. Въ подлинникѣ слова *совершенно* нѣтъ, а сказано, что сіи послѣднія были отмѣнены „*за немногими исключеніями*“ (wenige Ausnahmsfälle abgerechnet).

Слѣдующій промахъ изобличаетъ, что переводчикъ вовсе невдумался въ мысль подлинника: „Иски“, сказано въ переводѣ, „или ограничиваются первоначальнымъ намѣреніемъ истца, останавливаются на этомъ намѣреніи, или же они получаютъ въ послѣдствіи дальнѣйшее развитіе. Въ первомъ случаѣ они называются actiones directae, во второмъ utiles actiones.“ Мы затрудняемся съ точностью угадать мысль переводчика: значитъ ли это, что отъ истца зависѣло или ограничиться первоначальнымъ своимъ намѣреніемъ или же дать ему дальнѣйшее развитіе, т.-е. измѣнить и увеличить даже первоначальное требованіе. Но это, во-первыхъ, противорѣчитъ основнымъ началамъ всякого процесса; во-вторыхъ, это противорѣчило бы аналитическому характеру римскаго процесса, не только недопускавшему дальнѣйшаго развитія первоначальнаго требованія, но и вобще всякое осложненіе иска, соединеніе напримѣръ въ одномъ искѣ нѣсколькихъ требованій. Такъ если сосѣдъ по имѣнію перемѣнилъ во вредъ мнѣ стокъ дождевой воды, то по римскому процессу я долженъ для возстановленія моего права и охраненія его въ будущемъ заявить не менѣе четырехъ исковъ [1]). Въ подлинникѣ вотъ что

---

1) Actio aquae pluviae arcendae — объ уничтоженіи сдѣланнаго сосѣдомъ сооруженія, interdictum quod vi aut clam — о возмѣщеніи до сего причиненныхъ убытковъ; третій (искъ, проистекающій изъ имѣющей быть возложенною на отвѣтчика cautio damni infecti) для огражденіе отъ будущихъ измѣненій

сказано: „По первоначальному назначенію своему они (actiones) именуются actiones directae или же actiones utiles, смотря потому оставалось ли за ними только это назначеніе, или таковое было въ послѣдствіи расширено“ [1]). Другими словами: въ римскомъ процессѣ каждому типу юридическаго отношенія соотвѣтствуетъ особый искъ, имѣющій свою особую формулу, т.-е. особую форму приказа, ордера судьѣ, въ которомъ въ краткихъ словахъ обозначено содержаніе иска и основанія, по коимъ его слѣдуетъ рѣшить. Но если къ претору являются со споромъ, въ которомъ надлежитъ обсудить отношеніе еще не встрѣтившееся въ судебной практикѣ; то онъ, усматривая, что оно подходитъ къ такому отношенію, для котораго уже существуютъ искъ и формула, измѣняетъ послѣднюю такъ, чтобы можно было подъ нея подводить новое отношеніе. Такимъ образомъ измѣненная actio называется ulilis, а сохранившая первоначальное назначеніе неизмѣнно — actio directa.

§ 54 начинается въ подлинникѣ такъ: „Actio, judicium, въ смыслѣ *иска*, есть процессуальное средство защиты“ etc — и по опредѣленіи иска въ процессуальномъ смыслѣ указывается на значеніе actio въ смыслѣ матеріальнаго права, говорится именно, что „actio часто означаетъ право на искъ и осуществленіе этого права“ [2]). Въ переводѣ читаемъ: „Искъ, actio, judicium есть то процессуальное дѣйствіе“ и проч.... „Но actio обозначаетъ иногда и правоспособность къ предъявленію иска.“ Переводчикъ смѣшалъ право на искъ, т.-е. присущую всякому гражданскому возможность осуществленія путемъ иска, съ правоспособностью на предъявленія иска, т.-е. съ квалификаціею лица какъ совершеннолѣтняго и проч.

Мы далеко не исчерпали всѣхъ замѣченныхъ нами на этихъ двухъ-трехъ страницахъ ошибокъ и спѣшимъ замѣтить, что мы отнюдь не гнались за самыми крупными изъ нихъ.

Чтобы не показалось, что мы напали на единственно больное мѣсто перевода, мы откроемъ его на параграфѣ 89, трактующемъ о древнѣйшей исторіи собственности. Съ первыхъ же строкъ замѣчаемъ латинскую фразу: *hoc* res mea est ex jure Quiritium;

послѣ рѣшенія; и наконецъ четвертый, особая actio aquae pluviae arcendae объ измѣненіяхъ, происшедшихъ во время самого процесса.

1) Ihrer ursprünglichen Bedeutung nach, je nachdem sie dabei stehen geblieben, oder späterhin darüber hinaus noch weiter ausgedehnt worden sind, heissen sie directae actiones oder utiles actiones.

2) Actio, judicium, als Klage aufgefasst, ist das processualische Rechtsmittel etc... Doch bezeichnet actio auch oft die Klagbefugniss und die Ausübung derselben.

въ подлинникѣ частицы впрочемъ вовсѣ нѣтъ. Замѣтимъ кстати, что корректура латинскихъ текстовъ въ первой половинѣ перевода, до отдѣла объ обязательствахъ далеко не отличается тщательностью, что, при намѣреніи Марецолля замѣнить на время этими текстами самые источники, нельзя не признать недостаткомъ русскаго изданія.—Затѣмъ вмѣсто слѣдующаго выраженія подлинника „правособными къ квиритской собственности были, по субъекту, только cives romani и тѣ, которые имѣли commercium“ [1]); переводено: „субъектами квиритской собственности были только cives romani *или по крайней мѣрѣ* тѣ, которые имѣли commercium. Далѣе читаемъ въ переводѣ: „Но ограниченіе это“ (запрещеніе по древнѣйшему праву частнымъ лицомъ пріобрѣтать право собственности на недвижимость), „*сколько намъ извѣстно*, исчезло довольно рано.“ Въ подлинникѣ же вотъ что говорится: „Во всякомъ случаѣ ограниченіе это исчезло довольно рано, хотя мы объ этомъ не имѣемъ точныхъ свѣдѣній“ [2]). Не точность переводчика требуетъ быть можетъ нѣкотораго разъясненія: дѣло въ томъ, что само существованіе этого ограниченія подлежитъ сильному сомнѣнію; это не болѣе какъ предположеніе, основанное на теоретической конструкціи древнѣйшаго римскаго быта, а не на фактахъ, и едва ли не въ основаніи своемъ поколебленное въ настоящее время. Марецолль добросовѣстно присовокупилъ, что мы объ исчезновеніи этого ограниченія ничего точнаго не знаемъ: ясно, что если мы о послѣднемъ моментѣ существованія этого ограниченія ничего точнаго не знаемъ, то мы также ничего точнаго не знаемъ и о предшествовавшихъ моментахъ, т.-е. о самомъ существованіи его. Читатель видитъ, что этотъ интересный оттѣнокъ мысли Марецолля исчезаетъ въ переводѣ. Далѣе читаемъ въ переводѣ: Addictio, въ обширномъ смыслѣ этого слова, пожалованіе вещи по волѣ и отъ имени народа, посредствомъ жалованнаго акта, выданнаго отъ имѣющаго на то право magistatus.“ Въ подлинникѣ же сказано: „Addictio въ болѣе обширномъ смыслѣ слова, переходъ вещи по волѣ и отъ имени народа посредствомъ отказа, дѣйствія исходящаго отъ подлежащаго magistratus [3]). Частица act подлинника употреблена въ смыслѣ дѣйствія: судебный переходъ права собственности, по

---

1) In Hinsinht des Subjects, waren nur cives romani und solche, welche das commercium hatten, desselben fähig.

2) Iedenfalls fiel aber, schon ziemlich früh, ohne das wir das Genauere davon wissen, jene Beschränkung hinweg.

3) Die addictio im weiteren Sinne des Wortes, die Ueberweisung einer Sache durch den Willen und im Namen des Volkes, mittelst eines vom competenten magistratus ausgehenden Zusprechungsact.

нашему крѣпостный порядокъ, совершался въ видѣ спора между пріобрѣтателсмъ какъ бы истцемъ и поступщикомъ, какъ бы отвѣтчикомъ; магистратъ, предъ которымъ пропсходилъ этотъ воображенный споръ отказывалъ вещь пріобрѣтателю, что называлось addicere rem. *Пожалованіе же и жалованный актъ, выданный магистратомъ* — присочинены переводчикомъ. Самая общая форма такого судебнаго перехода была in jure cessio, гдѣ отвѣтчикъ, какъ сказано въ подлинникѣ „добровольно поступался вещью, überlies die Sache gutwillig; въ переводѣ же читаемъ *„передавалъ* вещь добровольно:“ вслѣдъ же за тѣмъ говорится о *передачѣ*, traditio какъ формѣ перехода права собственности, особой, совершенно отличной отъ in jurecessio и отъ прочихъ. Тутъ же переводчикъ увѣряетъ, что въ манципацію можно было облечь не только „передачу собственности, но и многія другія *юридическія соглашенія.*“ На техническомъ языкѣ это значитъ, что въ строгую цивильную манципацію можно было облечь обязательства, вытекающія ex consensu, изъ соглашенія, т.-е. обязательства не цивильныя, не имѣвшія цивильныхъ исковъ, что явно несообразно, ибо цивильному праву соотвѣтствуетъ и искъ цивильный. У Марецолля сказано: „въ форму манципаціи можно было облечь не только переходъ собственности, но и многія другія *цивильно-юридическія сдѣлки* (civilrechtliche Geschäfte). Оставимъ этотъ параграфъ, въ которомъ мы также далеко не исчерпали всѣхъ промаховъ переводчика, и, развернувъ напр. стр. 159, закончимъ наши замѣчанія слѣдующею выпискою изъ перевода: „Подъ безтѣлесными вещами они разумѣютъ все то, что существуетъ только въ отвлеченіи (юридическомъ),— всѣ права и правовыя отношенія относятся у нихъ къ res incorporales. Съ настоящими вещами они сравниваются потому, что, подобно первымъ, они влекутъ за собою множество юридическихъ послѣдствій. Но Римляне и отличаютъ ихъ строго отъ настоящихъ вещей, ибо res incorporales, какъ по самому существованію своему, такъ и по своему существу, объему и содержанію, все-таки основываются на юридическомъ отвлеченіи. Исключеніе они дѣлаютъ только для права собственности. Послѣднее является у нихъ чѣмъ-то тѣлеснымъ само по себѣ, и когда имъ нужно обозначить право собственности на какую-либо вещь, они говорятъ о самой этой вещи, *опуская понятіе о правѣ какъ совершенно тождественное.* Противопоставляемъ этому переводу нашъ, сколь можно близкій къ подлиннику: „Они (Римляне) разумѣютъ тогда подъ нетѣлесными вещами все, что, не имѣя тѣлеснаго бытія, существуетъ только въ юридическомъ понятіи, именно всѣ права и юридическія отношенія. Римляне ихъ потому уподобляютъ настоящимъ вещамъ, что онѣ, подобно тѣмъ ве-

щамъ имѣютъ опредѣленное бытіе, богатое юридическими послѣдствіями. Однако они опять и отличаютъ ихъ точно отъ дѣйствительныхъ вещей, потому что юридическія отношенія эти, относясь даже къ тѣлеснымъ вещамъ, во всякомъ случаѣ по бытію своему, по существу, объему и содержанію, основываются лишь на юридическомъ отвлеченіи. Только для права собственности они дѣлаютъ исключеніе. Ибо въ немъ они видятъ нѣчто само по себѣ самостоятельно тѣлесное и называютъ поэтому, вмѣсто самаго права собственности, просто предметъ онаго, опредѣленную тѣлесную вещь“ [1]). Снисходительный читатель скажетъ, что прописанное нами мѣсто, за исключеніемъ развѣ конца, не представляетъ особенно серьозныхъ отступленій; еслибы мы даже съ нимъ согласились, то сочли бы однако нужнымъ присовокупить, что подобныя вольности, встрѣчаясь чуть не на каждой страницѣ, обращаются въ важный недостатокъ перевода.

Спѣшимъ однако оговориться: сужденія наши о переводѣ учебника Марецолля, какъ мы уже замѣтили, относятся лишь къ первой половинѣ; начиная съ отдѣла объ обязательствахъ переводъ носитъ уже другой характеръ: онъ довольно точенъ, нѣтъ пропусковъ, не стушевываются оттѣнки авторской мысли, не встрѣчается болѣе непонятныхъ фразъ, соотвѣтствуетъ однимъ словомъ требованіямъ, съ которыми мы въ правѣ приступить къ разсмотрѣнію подобнаго труда. Очевидно, что недостатки первой половины поревода произошли не столько отъ неумѣнія переводчика, сколько отъ того, что онъ вначалѣ не отнесся къ своему труду съ должною серьезностью; а можетъ во второй половинѣ перевода участвовала другая рука. Надо еще замѣтить, что хотя на заглавіи перевода и выставлено, что онъ сдѣланъ по 8-му изданію нѣмецкаго подлинника; но это относится только

1) Sie verstehen dann unter den unkörperlichen Sachen Alles, was, ohne körperliche Existenz zu haben, nur im juristischen Begriffe existirt, namentlich alle Rechte und Rechtsverhältnisse. Den eigentlichen Sachen vergleichen sie dieselben darum, weil sie, wie diese, eine gewisse, juristisch folgenreiche Existenz haben. Dagegen unterscheiden sie dieselben auch wieder genau von den wahren Sachen desshalb, weil jene Rechtsverhältnisse, selbst wo sie sich auf körperliche Sachen beziehen, jedenfalls, ihrer Existenz, ihrem Wesen, Umfange und Inhalte nach, blos auf einer juristischen Abstraction beruhen. Nur das Eigenthumsrecht nehmen sie aus. Denn dieses sehen sie schon an sich als etwas selbstständig Körperliches an und nennen daher, statt des Rechtes daran, schlechtweg den Gegenstand desselben, die bestimmte körperliche Sache selbst. Das ist auch sehr natürlich, weil das Eigenthum wesentlich blos an körperlichen Sachen zusteht, und im Grunde wirklich mit seinem Gegenstande, der körperlichen Sache selbst, welche ganz, in jeder Richtung hin, der Herrschsft des Eigenthümers unterworfen wird, zusammenfällt.

къ послѣднимъ отдѣламъ книги; въ первыхъ отдѣлахъ недостаетъ даже дополненій, сдѣланныхъ Марецоллемъ къ седьмому изданію, дополненій иногда весьма существенныхъ; напр. въ 54 параграфѣ о составѣ формулы (около половины страницы). Полагаемъ, что еслибы даже новое изданіе появилось въ то время, когда часть перевода была готова и отпечатана, то, на обязанности издателя, объявившаго, что онъ издаетъ переводъ 8-го изданія, лежало дополненія къ новому изданію отпечатать на особомъ листѣ. Упущеніе это, можетъ быть, еще поправимо: еслибъ издатель рѣшился выпустить теперь такой дополнительный листъ, то озаглавивъ его „additamenta et errata“, онъ могъ бы воспользоваться этимъ случаемъ для исправленія не совсѣмъ удовлетворительныхъ отдѣловъ перевода.

Русскій издатель Марецолля весьма удачно предпослалъ самому учебнику переводъ статьи Игеринга о современномъ значеніи римскаго права, составляющей первую главу въ новомъ изданіи извѣстнаго сочиненія Игеринга „Geist des römischen Rechts“. Знаменитый юристъ вооружается, съ свойственнымъ ему въ подобныхъ случаяхъ одушевленіемъ противъ ученія объ исключительно національномъ развитіи права и противоставляетъ этому ученію идею о международномъ общеніи юридическихъ понятій, подобно обмѣну въ сферѣ промышленной, торговой и проч. „Пока,“ говоритъ онъ, „наука не рѣшится поставить рядомъ съ идеей національности другую ей равносильную идею—идею универсальности, до тѣхъ поръ эта наука не будетъ въ силахъ сознательно понимать явленія окружающаго міра, ни научно оправдать историческій фактъ усвоенія римскаго права средневѣковой Европой“. Самый фактъ усвоенія, продолжаетъ Игерингъ, „есть не болѣе какъ одинъ изъ тѣхъ цивилизаторскихъ займовъ, которыми такъ богата жизнь народовъ и которые такъ согласуются съ видами исторіи: съ взаимнымъ содѣйствіемъ, воздѣйствіемъ и воспитаніемъ одного народа другимъ. Необыкновенно тутъ одно—это масса чуждаго матеріала, подлежавшаго воспріятію въ одинъ пріемъ: для юридическаго организма народовъ это обстоятельство имѣло своимъ послѣдствіемъ такое же временное разстройство отправленій, какое испытывается физическимъ организмомъ отъ чрезмѣрной пищи. Насъ не должно удивлять то, что въ данномъ случаѣ заемъ сдѣланъ у давно отжившаго народа, что новое человѣчество такъ поздно вступило въ наслѣдство оставленное ему этимъ народомъ. И греческая цивилизація оказала свое образовательное воздѣйствіе на новый міръ, когда народа-представителя этой цивилизаціи давно ужь не было въ живыхъ. Наслѣдственное начало примѣнимо не только къ частнымъ лицамъ, но и къ цѣлымъ народамъ: тутъ даже повторяется hereditas jacens, тотъ промежутокъ, когда

призванный къ наслѣдованію еще не успѣлъ вступить въ наслѣдство. Отвергаются лишь наслѣдія, лишенныя внутренней цѣнности, остальныя находятъ себѣ наслѣдниковъ. Это вѣрно и относительно наслѣдій народовъ и особенно вѣрно относительно наслѣдія, оставленнаго намъ римскимъ народомъ. Неужели геній, умственный капиталъ, нашедшій себѣ достойное выраженіе въ римскомъ правѣ, этотъ дивный итогъ тысячелѣтняго наблюденія и опыта, не имѣетъ столько же правъ на уваженіе человѣчества какъ чудеса греческаго искусства и идеи Платона и Аристотеля? Неужели исторія соединила въ Римѣ всѣ условія для созданія великаго дѣла и создала въ совершенствѣ лишь для того, чтобы потомъ сокрушить его самоубійственной рукой? Истинно великое не гибнетъ, а если повидимому и гибнетъ, оно словно истлѣвшее растеніе опускаетъ въ землю сѣмя, залогъ новой болѣе крѣпкой жизни въ будущемъ. При жизни римскаго народа новыя поколѣнія народовъ еще не были столько зрѣлы, чтобы изъ его рукъ воспринять предназначавшійся имъ даръ: много времени должно было пройдти пока они доросли до потребности и пониманія. Римское право выжидало свое время.—Новые народы дали римскому праву силу положительнаго закона: въ такой формѣ они впервые имъ овладѣли. Господство римскаго права, какъ положительнаго закона, было школой юридическаго воспитанія народовъ Европы, стѣснительной и непріятной школой, но для даннаго времени законной и необходимой какъ и всякая школа. Но школа должна же когда-нибудь кончиться: когда народы стали сознавать что годы ученія пережиты, они поспѣшили свергнуть иго, и римскій Corpus juris замѣнился новыми кодексами. Но римское право оттого не утратило своего значенія. Оно его не утратило, какъ не утрачиваетъ своего значенія школа по выходѣ изъ нея: мы выносимъ съ собой то, чему тамъ выучились. Всѣ современныя законодательства матеріяльно и формально опираются на римское право. Наравнѣ съ христіанствомъ и классической литературой и искусствомъ, римское право входитъ составнымъ элементомъ въ цивилизацію новаго міра, и воздѣйствіе этого элемента далеко не исчерпывается тѣми юридическими институтами, которые цѣликомъ нами заимствованы изъ римскаго права. Наше юридическое мышленіе, нашъ методъ, наше пониманіе, словомъ, все наше юридическое образованіе носитъ римскій отпечатокъ, если римскимъ можно назвать то, что само по себѣ безотносительно и безусловно истинно и что Римлянами лишь отдѣлано до высшаго совершенства. Но овладѣли ли мы этимъ достояніемъ на столько, чтобы болѣе не нуждаться въ изученіи римскаго права и съ чистой совѣстью предоставить его попеченію однихъ ученыхъ? Было время, когда такъ думали и подъ вліяніемъ такой мысли,

съ введеніемъ новыхъ кодексовъ, обрывали всякую научную связь, съ римскимъ правомъ. Опытъ доказалъ, какъ преждевременно такое воззрѣніе: литературная засуха, характеризующая первую эпоху новыхъ законодательствъ, уступила болѣе живой научной дѣятельности не прежде, какъ по возобновленіи прерванныхъ связей. Но что настанетъ время когда можно будетъ обойдтись безъ изученія римскаго права, въ этомъ можетъ лишь тотъ сомнѣваться, кто считаетъ современные народы обреченными на вѣчное несовершеннолѣтіе въ наукѣ права. *Идти путемъ римскаго права, не останавливаясь на немъ*—таковъ, по нашему убѣжденію, смыслъ римскаго права для современнаго человѣчества. Римское право, какъ положительное законодательство, большей частью вытѣснено изъ прежней своей сферы дѣйствія. Этотъ фактъ какъ въ жизни, такъи въ наукѣ знаменуетъ такую же точку поворота, какою нѣкогда было внесеніе римскаго права въ юридическій бытъ Европы. Вмѣстѣ съ формальнымъ единствомъ права навсегда утрачены формальное единство науки и дружная работа правовѣдѣнія народовъ надъ тѣмъ же юридическимъ матеріяломъ и той же задачей: теперь наука права существуетъ лишь для потребностей домашняго, отечественнаго обихода, того или другаго народа, ея научныя границы отнынѣ совпадаютъ съ политическими границами. Положеніе унизительное, недостойное великой науки! Но отъ нея зависитъ перешагнуть границы и вновь навѣки завоевать себѣ въ формѣ сравнительной юриспруденціи тотъ характеръ универсальности, который нѣкогда былъ лучшимъ ея достояніемъ. Ея методъ будетъ иной, ея кругозоръ шире, ея сужденія зрѣлѣе, отношеніе къ матеріялу свободнѣе: такъ мнимый ущербъ послужитъ ей на благо и поможетъ ей подняться на высшую степень научнаго развитія. Достаточно одного взгляда на современную литературу права, особенно государственнаго, уголовнаго и торговаго; для того чтобы убѣдиться, что въ наукѣ уже наступилъ этотъ новый періодъ развитія. Фактъ изгнанія римскаго права изъ сферы непосредственной практики долженъ произвести переворотъ и въ дѣлѣ научной его обработки. До сихъ поръ эта обработка главнымъ образомъ обусловливалась и должна была обусловливаться потребностями практическаго примѣненія римскаго права, какъ дѣйствующаго законодательства. Но отнынѣ ясно, что такая форма не въ силахъ будетъ приковать интересъ юридическаго міра къ римскому праву. Отъ простаго изложенія наука должна подняться на степень критики положительнаго права“.

И. Г.

00083625
ЮФ СПбГУ